



Decretamento de providências cautelares pelo tribunal arbitral

Hyneida Lima Andrade
Mestrado Profissionalizante em Ciências Jurídico Empresarias
Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito

Decretamento de providências cautelares pelo tribunal arbitral

Hyneida Lima Andrade

Dissertação apresentada no âmbito da conclusão do Mestrado Profissionalizante em Ciências Jurídico Empresariais – Direito de Arbitragem, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito à obtenção do título de mestre na área de Ciências Jurídico Empresariais.

Orientadora: Professora Doutora Elsa Marina Dias de Oliveira

2019

Resumo

A arbitragem é um meio de resolução alternativa de litígio, que se caracteriza por ser contratual na sua origem, privada na sua natureza e jurisdicional na sua função. Com o passar de tempo, tem se recorrido cada vez mais a meios de resolução alternativa de litígios, nomeadamente à arbitragem voluntária. Nesse caso, tem surgido uma panóplia de situações que tem merecido uma atenção especial da doutrina e jurisprudência, como o caso da admissibilidade e execução das providências cautelares pelo tribunal arbitral, tradicionalmente atribuída ao poder judicial.

Neste trabalho, pretende-se contribuir na discussão sobre decretamento e execução de providências cautelares, evidenciado as vantagens do alargamento dessa competência aos tribunais arbitrais. Em primeiro lugar, será feito um enquadramento sobre providências cautelares no intuito de se entender os seus contornos. Depois disso, a nossa investigação centra-se no objeto de estudo desse trabalho, que consiste em analisar a dimensão do decretamento das providências cautelares pelo tribunal arbitral e a suscetibilidade de execução de medidas coercitivas. Para isso, tem um papel fundamental a Lei Modelo da UNCITRAL, bem como a doutrina e jurisprudência portuguesa que abordam sobre esse assunto. Nesse capítulo, evidenciamos a importância dessas fontes na questão aqui em causa.

Em terceiro lugar, aborda-se os preceitos da Lei de Arbitragem Voluntária (lei 62/2012, de 14 de dezembro) que regulam essa matéria. Atualmente, a nossa lei de arbitragem atribui competência ao tribunal arbitral para proferir medidas cautelares. Por isso, pretende-se avaliar os contornos dessa competência, aproveitando para entender a relação entre essas medidas e ordens preliminares.

Em seguida, faremos uma reflexão sobre a relação que se estabelece entre os tribunais judiciais e os tribunais arbitrais. Nesse ponto, tocaremos em duas questões de enorme relevância que são: a execução de medidas cautelares arbitrais e as ordens de abstenção judicial. Concluiremos que entre os dois, existe uma relação de cooperação.

Palavras – chave

Tribunal arbitral, Providências cautelares, Poder de autoridade, Execução de medidas cautelares, Tribunal judicial

Abstract

Arbitration is one of the alternative dispute resolutions, which is characterized by being contractual in origin, deprived of its nature and jurisdictional in its function.

Over time, alternative means of dispute resolution have been used, in particular, voluntary arbitration. In this case, a panoply of situations has emerged that has received special attention from doctrine and jurisprudence, such as the admissibility of precautionary measures by the arbitral tribunal, traditionally attributed to the judiciary. In this paper, it is intended to contribute to the discussion about decrees and execution of precautionary measures, evidencing the advantages of extending this jurisdiction to arbitral tribunals. Firstly, a framework will be made on precautionary measures in order to understand its contours. After that, our investigation will focus on the object of study of this work, which consists of analysing the size of the decree of the precautionary measures by the arbitral tribunal and the susceptibility of execution of coercive measures. To this end, UNCITRAL's Model Law plays a key role, as well as the Portuguese doctrine and jurisprudence that address this issue. In this chapter, we highlight the importance of these sources in the issue in question. Thirdly, the provisions of the Voluntary Arbitration Law (Law 62/2012 of December 14) regulating this matter are addressed. Currently, our arbitration law provide the arbitral tribunal jurisdiction to issue precautionary measures. Therefore, it is intended to evaluate the contours of this competence, taking advantage to understand the relationship between these measures and preliminary orders.

Finally, we will reflect on the relationship between judicial and arbitral tribunals. At this point, we will touch on two extremely important issues: the execution of arbitrary injunctions and orders for judicial abstention. We will conclude that between the two, there is a cooperative relationship.

Keywords:

Arbitral Tribunal, Precautionary Measures, Power of authority, Execution of precautionary measures, Court of Justice

Abreviaturas

AAA – American Arbitration Association

Ac – Acórdão

APA – Associação Portuguesa de Arbitragem

Art. – Artigo

APA – Associação Portuguesa de Arbitragem

CCI – Câmara de Comércio Internacional

CPC – Código Processo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

LAV – Lei de Arbitragem Voluntária de 2011

LCIA – London Court of International Arbitration

Lei Modelo da UNCITRAL OU CNUDCI - Regulamento de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

RCAC – Regulamento do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa

RIAC – Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação

UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law

Tribunais

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRE-Tribunal da Relação de Évora

TRL - Tribunal da Relação de Lisboa

TRP- Tribunal da Relação do Porto

TRE-Tribunal da Relação de Évora

Agradecimentos

Em primeiro lugar, os meus profundos sentimentos de agradecimento à minha mãe que fez o possível e o impossível para que eu tivesse uma formação superior e me ensinou que não há outro caminho, senão o da insistência e persistência. Ao meu tio, Ângelo Cardoso e à minha tia, Alda de Bom Jesus que me apoiaram e acolheram como uma filha.

Ao meu namorado, Jacks Shamir por ter sido o meu pilar e ter sempre acreditado em mim, quando nem eu acreditava. Às minhas amigas, Ana Cardoso, Ariana Quaresma e Hauria Teixeira que sempre me deram força e me apoiaram nessa caminhada.

Os meus sinceros agradecimentos à Doutora Elsa Dias de Oliveira, cujo o conhecimento partilhado foi essencial para que eu elaborasse a dissertação. E pela disponibilidade e compreensão que sempre me mostrou nesse processo. Por último, gostaria de agradecer à Faculdade de Direito de Lisboa pela oportunidade de fazer o mestrado nessa instituição.

Índice

Introdução.....	1
Capítulo I. Enquadramento sobre providências cautelares e o seu decretamento pelos tribunais arbitrais	4
1. Algumas notas sobre o conceito de providências cautelares	4
2. Considerações sobre o decretamento das providências cautelares no domínio da lei nº 31/86, de 29 de agosto	9
3. O papel da Lei Modelo da UNCITRAL	18
4. A admissibilidade das providências cautelares na nova lei de arbitragem voluntária	21
Capítulo II. As providências cautelares arbitrais.....	27
1. Finalidades das providências cautelares arbitrais	27
2. Tipos de providências cautelares: medidas conservatórias e medidas antecipatórias	30
3. Os requisitos do decretamento de medidas cautelares: <i>fumus bonis iuris</i> e <i>periculum in mora</i>	32
4. As principais características da tutela cautelar.....	37
4.1. Instrumentalidade	37
4.2. Provisoriedade	38
4.3. Sumariedade ou <i>summaria cognitio</i>	40
5. As medidas cautelares arbitrais e o regime das ordens preliminares.....	42
6. Modificação, revogação e suspensão de providências cautelares arbitrais e ordens preliminares	45
7. Breves considerações sobre o regime probatório na arbitragem	47
Capítulo III: A relação entre o tribunal judicial e o tribunal arbitral no âmbito da convenção de arbitragem e execução de medidas cautelares arbitrais	49
1. As vantagens e as inconveniências do processo arbitral	49
1.1 Celeridade	49
1.2 Confidencialidade.....	49
1.3 Eficiência e Flexibilidade	50
1.4 Inconveniências.....	51
2. O papel do tribunal judicial no processo arbitral	52
3. Execução das providências cautelares.....	57
3.1 A particular situação de arresto	59
3.2. Ordens de abstenção judicial (<i>anti-suit injunctions</i>).....	62
3.3. Fundamentos de recusa da execução das providências cautelares arbitrais	64

4. Responsabilidade do requerente	67
Conclusão	68
Bibliografia	70
Jurisprudência.....	74

Introdução

Os Tribunais Arbitrais têm garantia constitucional e estão previstos no artigo 209 da CRP. É um meio de resolução alternativa de litígios que exerce também a função jurisdicional. Ou seja, a Constituição não reserva em absoluto a função jurisdicional aos tribunais estaduais, podendo caber aqui uma margem de conformação do legislador no recurso à arbitragem como forma de resolução de conflitos¹. No entanto, os Tribunais Arbitrais têm uma natureza privada. Quer dizer, a fonte de legitimação dos árbitros é dupla porque advém da junção da norma constitucional com a vontade das partes². Não são como os Tribunais Judiciais representantes da autoridade pública.

A arbitragem voluntária tem sofrido ao longo do tempo muitos desafios e uma luta constante para se consolidar como uma forma segura de resolução de litígio. Um dos exemplos dessa luta prende-se com a discussão sobre a competência dos tribunais arbitrais para decretar e executar medidas cautelares.

O nosso trabalho versará sobre essa matéria, tentando analisar os pontos fulcrais dessa questão, na esperança de contribuir de forma significativa para a compreensão desse assunto e mostrar que a ordem jurídica se beneficia dotando a arbitragem de expedientes que tornem as suas decisões mais eficazes.

Há algum tempo os cultores de Direito de arbitragem têm discutido se os tribunais Arbitrais têm poder para decretamento e execução de medidas cautelares. Autores³ como Paula Costa Silva, Mariana França Gouveia, Gonçalves Malheiro, Calvão da Silva e Armindo Ribeiro sempre responderam positivamente a esta questão (atribuindo a competência cautelar aos Tribunais Arbitrais) apesar de estabelecerem limites à execução das providências cautelares por esse tribunal.

Antes de começarmos a analisar propriamente a questão da admissibilidade da

¹ Na linha desse acórdão, pode considerar-se que, à luz da Constituição, os tribunais arbitrais constituem uma categoria autónoma de tribunais, exercendo também a função jurisdicional, pese embora não se possam qualificar como órgãos estaduais. Acórdão do Tribunal Constitucional 123/2015 de 7 de julho disponível em <https://dre.pt/>

² José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil (Conceito e Princípios Gerais à Luz do Novo Código)*, 4ª edição, Editora Gest Legal, pág.85

³ Paula Costa e Silva, “A Arbitralidade de Medidas Cautelares”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 63 - Vol. I/II - Abr. 2003, pág.211 – 235 e disponível em www.oa.pt; Armindo Ribeiro Mendes, “As Medidas Cautelares e o Processo Arbitral (algumas notas)”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Associação Portuguesa de Arbitragem, n.º2 – 2009, pág. 57–133; João Calvão da Silva, “Tribunal Arbitral e Providências Cautelares Arbitral”, I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa-Intervenção, Almedina, 2008, pág.99 – 107 ; Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, 2014, pág.235

matéria cautelar, considerámos pertinente fazer um enquadramento sobre as providências cautelares.

O primeiro capítulo com a designação de “enquadramento sobre providências cautelares e o seu decretamento pelos tribunais arbitrais”, está dividido em 4 partes. Na primeira parte desse capítulo procuramos definir o conceito de providências cautelares de forma geral para se chegar ao conceito de providência cautelar arbitral. Na 2ª parte, faz-se uma explanação sobre o decretamento de medidas cautelares no contexto da lei de arbitragem 31/86, de 29 de agosto, com base nas posições doutrinárias e jurisprudenciais que tiveram um papel preponderante no desenvolvimento dessa questão em Portugal.

Na parte a seguir, debruça-se sobre o papel da lei modelo para se entender a influência que teve na nova lei de arbitragem. Na última parte desse capítulo, fez-se uma explanação sobre o processo da admissibilidade das providências cautelares na lei de arbitragem portuguesa e analisou-se o conceito de providência cautelar estabelecido pela lei de arbitragem. Ou seja, nesse ponto, fazemos a explanação sobre o decretamento das medidas cautelares pelos tribunais arbitrais, mostrando as razões que levaram o legislador português a adotar o regime da Lei Modelo da UNCITRAL.

O segundo capítulo está dividido em 7 subcapítulos, nesse capítulo faz-se uma abordagem sobre o regime das providências cautelares arbitrais consagrado na lei de arbitragem voluntária. Nesse capítulo trata-se das questões como: as finalidades das providências cautelares, os seus requisitos, os tipos de providências cautelares e as suas características. Trata-se também da figura das ordens preliminares, fazendo uma análise desse instrumento para entender quais são as suas vantagens e o motivo de ter consagração legal no ordenamento jurídico português, bem como os contornos que apresenta em relação ao princípio do contraditório.

No terceiro capítulo, mostrámos que entre os tribunais arbitrais e os tribunais judiciais tem de haver uma relação de cooperação, evidenciando as vantagens que essa colaboração traz para as partes. As partes podem recorrer tanto aos tribunais comuns como aos tribunais judiciais para proferirem uma decisão sobre as providências cautelares. Como veremos, dependendo de determinadas situações, torna-se mais vantajoso recorrer ao tribunal judicial ou ao tribunal comum. Posteriormente, abordaremos a questão da cooperação entre os Tribunais Arbitrais e os Tribunais Judiciais, evidenciando as vantagens que essa cooperação traz para as partes e a sociedade como um todo.

Por último, falaremos da questão da execução das medidas cautelares arbitrais. De

acordo com a lei de arbitragem, a execução dessas medidas deve ser feita pelo tribunal judicial. Logo, o tribunal arbitral não tem competência para decretar medidas cautelares executivas, como é o caso do arresto. Essa competência apenas cabe ao tribunal judicial que tem poder de autoridade. No decorrer dessa questão, ainda falaremos sobre as ordens de abstenção judicial e a sua relevância na salvaguarda dos processos arbitrais. Por último, faremos uma breve elucidação sobre fundamentos que originam a recusa da execução coerciva das providências cautelares arbitrais pelo tribunal judicial e a responsabilidade do requerente por pedido injustificado de providências cautelares e ordens preliminares.

Capítulo I. Enquadramento sobre providências cautelares e o seu decretamento pelos tribunais arbitrais

1. Algumas notas sobre o conceito de providências cautelares

A constituição portuguesa ressalva o princípio de acesso ao direito e aos Tribunais, bem como o princípio à tutela jurisdicional efetiva como princípios fundamentais do Estado de Direito (artigo 20º da Constituição da República Portuguesa)⁴. Estes princípios se desdobram em vários princípios com garantia constitucional que pretendem evitar situações de verdadeiras denegações de justiça.

A todos é garantido o direito de acesso à justiça, sendo assim, todas as pessoas (particulares ou coletivas) têm um conjunto de direitos e interesses legalmente protegidos⁵, que podem ser acautelados pela via judicial ou através de meios alternativos de resolução de conflitos.

Como bem afirmou a autora Paula Costa e Silva o direito de acesso ao Direito “deixou de ser um direito de acesso ao Direito através de direito de acesso aos tribunais para passar a ser um direito de acesso ao direito, de preferência sem contato ou sem passagem pelos tribunais”⁶. Portanto, o tribunal deixou de ser a única via para se efetivar o princípio de acesso ao direito.

Em primeiro lugar, esses direitos só podem ser efetivados caso os interessados tenham consciência deles e caso consigam determinar os atos que são considerados lesivos. Se ocorrer alguma lesão na esfera jurídica de um indivíduo o mesmo tem o direito de recorrer aos órgãos jurisdicionais ou entidades privadas para que tenham conhecimento das suas pretensões. Além disso, salvaguarda-se o direito ao processo que se consubstancia no direito de consulta dos autos a qualquer momento salvo nos casos de extravio do processo ou segredo de justiça. Durante o processo é necessário haver respeito pela exigência de um processo equitativo e justo (art.20.º, nº4 CRP). Da leitura deste preceito determina-se ainda que a causa deve ser objeto de uma decisão jurisdicional num

⁴ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2010, pág. 432 – 453; Fernando Pereira Rodrigues, *O Novo Processo Civil, Os Princípios Estruturantes*, Almedina, 2013, pág. 9 – 12; Cassio Scarpinella Bueno, *Manual de Direito Processual Civil*, 3ª edição, Editora Saraiva jur, 2017, pág. 48; Isabel Celeste Fonseca, *Processo Temporalmente Justo e Urgência, Contributo para autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na Justiça administrativa*, Coimbra Editora, 2009, pág. 253 – 254

⁵ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, op. cit., pág.435

⁶ Paula Costa e Silva, *A Nova Face da Justiça, Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, Coimbra Editora, Lisboa, 2009, pág.19

prazo razoável (art.20.º, nº4 CRP), sem demoras excessivas e injustificadas. Assim, decorre da constituição um direito ao processo efetivo e temporalmente justo⁷.

No entanto, o sistema judiciário comporta muitas falhas que originam uma verdadeira ineficácia judiciária. Essa ineficácia tem ocorrido por motivos relacionados com excessiva litigância judicial, desorganização dos serviços administrativos e por prazos excessivos de resposta por parte dos Tribunais que muitas vezes está relacionado com a própria complexidade da causa⁸. Esses problemas podem originar verdadeiras denegações de justiça. Por isso, o Estado criou mecanismos para combater essas falhas na tentativa de melhorar o sistema jurisdicional e acautelar o efeito útil da decisão final. Nessa medida, as providências cautelares⁹ surgem como um meio urgente para salvaguardar a ação principal combatendo a excessiva morosidade dos Tribunais no proferimento das decisões definitivas¹⁰ e como corolário da tutela jurisdicional efetiva.

Normalmente, há uma espera demasiado longa para obtenção de uma decisão judicial e nesse compasso de espera o autor pode correr o risco de ver o seu tempo perdido, sem que a sua situação esteja resolvida. Esse tempo perdido, nas palavras de Isabel Celeste “*é naturalmente apto a causar danos a quem tem necessidade de iniciar o processo pois, é o demandante que não só corre o risco de a sentença chegar tarde, e, por isso, ser infrutuosa, como, também, sofre imediatamente o prejuízo causado pelo retardamento da sentença, visto que, durante o tempo de espera, há uma insatisfação do direito*”¹¹. Portanto, o legislador teve a intenção de proteger os direitos e interesses juridicamente relevante dos cidadãos criando expedientes de celeridade para que a justiça fosse administrada da melhor forma, garantido o seu papel de certeza e segurança jurídica.

A passagem de tempo é uma ocorrência normal da vida de um processo, mas o

8 Isabel Celeste Fonseca, *Processo Temporalmente Justo e Urgência, Contributo para autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na Justiça administrativa*, Coimbra Editora, 2009, pág.209

⁸ Marco Carvalho Gonçalves, *Providências cautelares*, 2ª edição, Almedina, 2016, pág.81

⁹ Não é fácil chegar ao consenso sobre o conceito de providência cautelar. Ao longo da nossa investigação, constatamos que há muita variação terminológica para designar uma mesma realidade e uma grande diferença de regimes nos vários sistemas jurídicos. Isabel Celeste M. Fonseca, *Introdução ao Estudo Sistemático da Tutela Cautelar no Processo Administrativo*, Livraria Almedina – Coimbra, 2002, pág.41-49; Rita Lynce Faria, *A Função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, Universidade Católica Editora, 2003, pág. 16; Jorge Augusto Pais de Amaral, *Direito Processual Civil*, 13ª edição, Almedina, 2017, pág. 36; Para maior desenvolvimento dessa matéria, Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª Edição, Lex Lisboa, 1997, pág.226; J. Alberto dos Reis, *A figura do Processo Cautelar*, Lisboa, 1947, pág.7 e segs.; Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, op. cit., pág.453

¹⁰Rita Lynce Faria, *A Função Instrumental e a Tutela Cautelar Não Especificada*, op. cit., pág.34

¹¹Isabel Celeste M. Fonseca, *Introdução ao Estudo Sistemático da Tutela Cautelar no Processo Administrativo*, op. cit., pág.37

tempo pode gerar graves prejuízos aos direitos dos cidadãos¹². Por isso, deve-se procurar equilíbrio entre a ponderação e a rapidez¹³, é preciso tempo para que haja uma decisão ponderada, mas esse tempo não pode ser demasiado longo ao ponto de tornar a própria decisão ineficaz. Nesse contexto, as providências cautelares têm como função evitar a consumação do dano na esfera jurídica do autor, acautelando a utilidade da sentença definitiva. Perante as situações de urgência¹⁴ e a possibilidade corrosiva de um direito torna-se necessário obter uma composição provisória¹⁵ da situação controvertida para que não se esvazie o sentido útil do princípio da tutela jurisdicional efetiva, previsto no artigo 20º, nº1 da Constituição da República Portuguesa¹⁶.

Para entendermos o regime das providências cautelares arbitrais¹⁷, faremos uma breve explanação da doutrina, no intuito de delimitarmos o conceito das medidas referidas. De acordo com o autor Marco Carvalho Gonçalves, as providências cautelares “*são medidas de natureza sumária e urgente, que visam antecipar ou garantir o efeito útil do reconhecimento de um direito, acautelar o efeito útil da ação, neutralizando os prejuízos que possam advir para o interessado na tutela do seu direito em consequência da demora normal e inevitável do processo, isto é, da passagem irreversível do tempo*”¹⁸.

O autor Miguel Teixeira de Sousa¹⁹ amplia o conceito de tutela cautelar qualificando-o como uma forma de composição provisória que resolve o conflito antes do proferimento da decisão definitiva. Segundo o mesmo, este conceito se justifica

¹² Para maior desenvolvimento sobre o conceito de tempo ver: Isabel Celeste Fonseca, *Processo Temporalmente Justo e Urgência, Contributo para autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na Justiça administrativa*, op. cit., pág. 99; A autora Isabel Fonseca aborda a questão do tempo na justiça, relacionando a situação de prazo razoável com a responsabilização do Estado pela atuação dos juízes. Isabel Celeste Fonseca, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves, “O direito a um processo à prova de tempo: um apelo a kairós”*, Vol.III, Coimbra Editora, 2008, pág.201

¹³ J. Alberto dos Reis, *A figura do Processo Cautelar*, op. cit., pág. 13; Domingues de Andrade, *Noções Elementares de Processo Civil*, 1979, pág.8

¹⁴ Segundo Isabel Celeste Fonseca a situação de urgência é normalmente aferida (ou valorada) num contexto de normalidade, mas que se destaca por fugir à normalidade, em termos que, nesse quadro de normalidade, ela corresponde a uma situação em relação à qual se espera que, de acordo com as regras de probabilidade, aconteça um prejuízo – um prejuízo que vulgarmente é qualificado como irreparável ou de difícil reparação. Isabel Celeste Fonseca, *Processo Temporalmente Justo e Urgência, Contributo para autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na Justiça administrativa*, op. cit., pág. 131

¹⁵ Rui Pinto, *Notas ao Código Processo Civil*, Volume I, pág.298, art.362 CPC

¹⁶ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, op. cit., pág.186, ...ainda sobre essa questão consultar a anotação ao art.209º CRP

¹⁷ Artigo 20.º da Lei de Arbitragem Voluntária (Lei nº63/2011 de 14 de dezembro)

¹⁸ Marco Carvalho Gonçalves, *Providências Cautelares*, op. cit., pág.81 e segs.

¹⁹ Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, op. cit., pág. 226

sempre que seja necessário assegurar a utilidade e a efetividade da tutela jurisdicional, e pode prosseguir uma das três finalidades: garantir um direito, regular de forma provisória ou transitória uma situação de fato ou antecipar a tutela requerida atribuindo o mesmo que se poderia obter na composição definitiva²⁰.

Segundo Antunes Varela, *“as providências cautelares visam precisamente impedir que, durante a pendência de qualquer ação declarativa ou executiva, a situação de fato se altere de modo que a sentença nela proferida, sendo favorável, perca toda a sua eficácia ou parte dela. Pretende-se deste modo combater o periculum in mora (o prejuízo da demora inevitável do processo), a fim de que a sentença não se torne numa decisão puramente platônica”*²¹. Como se sabe, a tutela cautelar visa prevenir uma lesão irreparável ou dificilmente reparável do eventual direito, por isso não faz sentido decretar uma medida quando a lesão já estiver consumada.

Por sua vez, na definição do autor Adelino da Palma Carlos, os procedimentos cautelares visam garantir ao titular de um direito, proteção contra uma ameaça ou risco que sobre ele paira, evitando a infrutuosidade da sentença final que pode ser causada pela morosidade do processo declarativo ou executivo²².

Na opinião de Anselmo de Castro, essas medidas são decretadas com o intuito de manter o *status quo* ou antecipar a realização de um direito, com o objetivo de salvaguardar os resultados da ação²³.

A lei de arbitragem voluntária²⁴ apresenta uma definição de providência cautelar no seu artigo 20º n.º2. É uma medida de natureza temporária ou provisória, decretada por sentença ou decisão com outra forma, pela qual em qualquer momento antes de proferida a sentença final o tribunal arbitral ordena a uma parte que assuma certos comportamentos ou se abstenha de assumir outros comportamentos que aparecem referidos em quatro alíneas: a) manter ou restaurar a situação anteriormente existente enquanto o litígio não for dirimido; b) praticar atos que previnam ou se abstenha de praticar atos que provavelmente causem danos ou prejuízos relativamente ao processo arbitral; c) assegurar a preservação de bens sobre os quais uma sentença subsequente possa ser executada; d)

²⁰ Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, op. cit., pág. 226

²¹ Antunes Varela; J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, Coimbra, 1985, pág.22 – 23

²² Adelino da Palma Carlos, *Procedimentos cautelares antecipadores*, pág.239

²³ Anselmo de Castro, *Direito Processual Civil Declaratório*, Vol.I, pág. 130 – 131

²⁴ Lei n.º 62/2011, de 14 de dezembro

preservar meios de prova que possam ser relevantes e importantes para a resolução do litígio.

Em suma, as providências cautelares arbitrais são medidas temporárias (essa temporalidade pode resultar de um dos 3 fatores: a fixação de um prazo para a sua vigência, a revogação de uma providência decretada, a providência pode perder no decurso do processo, a razão de ser, ou por último, pode sobrevir uma decisão definitiva)²⁵ urgentes e sumárias que servem para preservar a utilidade e eficácia da sentença arbitral final através de certas ações ou omissões que são impostas pelo árbitro às partes. Depois da explanação sobre o conceito de providências cautelares, cabe entendermos se é admissível o decretamento de providências cautelares pelo tribunal arbitral e em que termos essa atribuição deve ser feita.

²⁵ António Menezes Cordeiro, *Tratado da arbitragem, Comentário à lei 63/2011 de 14 de dezembro*, Almedina, 2015, pág.231

2. Considerações sobre o decretamento das providências cautelares no domínio da lei nº 31/86, de 29 de agosto

Face ao silêncio da lei portuguesa (lei nº31/86, de 29 de agosto) o tema da competência das providências cautelares ao tribunal arbitral foi alvo de muita discussão na doutrina e jurisprudência, uma parte da doutrina²⁶ defendia que os Tribunais Arbitrais tinham competência para decretar medidas cautelares, enquanto a outra parte²⁷ apresentava muitas reservas em relação a atribuição dessa competência aos Tribunais Arbitrais.

Na jurisprudência as decisões seguiam rumos diversos, não sendo possível destacar uma posição maioritária: no sentido da sua admissibilidade segue como exemplo: acórdão da Relação do Tribunal do Porto de 17/5/2005 (processo nº 0522209) Emídio Costa²⁸. Contra essa admissibilidade temos: acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18/09/2008, Ferreira de Almeida (processo nº 3612/2008-8)²⁹. Os argumentos

²⁶ Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, 2005, pág.86; Paula Costa e Silva, *A Arbitralidade de Medidas Cautelares*, op. cit., pág.211 – 235, Armindo Ribeiro Mendes, *As Medidas Cautelares e o Processo Arbitral* (Algumas Notas), op. cit., pág. 57 – 133; João Galvão da Silva, *Tribunal Arbitral e Providências Cautelares*, I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa-Intervenção, Almedina, 2008 pág.99 a 107

²⁷ Raúl Ventura estabelece uma limitação mais apertada à competência dos Tribunais arbitrais para decretamento de providências cautelares. O autor afirma que esses Tribunais não têm competência para ação de anulação de deliberação social. “Salvo raras exceções o Tribunal Arbitral não tem competência para nenhuma medida preventiva e conservatória. Raúl Ventura, “*Convenção da arbitragem*”, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, setembro 1986, Lisboa, pp. 342; José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais*, op. cit., pp.70 -71 (nota 20)

²⁸ No acórdão da Relação do Tribunal do Porto de 17/5/2005 analisou-se a seguinte questão: saber se a existência de uma convenção de arbitragem entre as partes impõe que todos os litígios entre elas tenham de ser submetidos à apreciação e julgamento do tribunal arbitral, incluindo os procedimentos cautelares. Está em causa o procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais que visa a suspensão de deliberações contrárias à lei, aos estatutos ou ao contrato. Nesse acórdão ficou assente a ideia de que o tribunal arbitral tem competência cautelar “apenas nos casos em que se previa expressamente na convenção de arbitragem e desde que tal procedimento não envolva ou pressuponha o uso de jus imperii pelo tribunal arbitral. Nos demais casos, devia-se recorrer aos tribunais comuns”. Nesta linha de raciocínio, afirmou-se a falta de competência dos tribunais arbitrais para o processo cautelar de suspensão de deliberações sociais porque não havia a observância dos requisitos impostos; disponível em www.dgsi.com

²⁹ Analisa-se a questão de providência cautelar de ratificação judicial de embargo extrajudicial de obra nova e aprecia-se a procedência ou improcedência da exceção de preterição do tribunal arbitral. O tribunal reconheceu a competência do tribunal judicial para decidir sobre a providência cautelar instaurada nesse processo e determinou que não está em causa a exceção de preterição do tribunal arbitral por motivos anteriormente descritos. No segundo ac. a requerente intentou contra a requerida um procedimento cautelar de arresto no seguimento da celebração de um contrato-promessa de compra e venda de ações e cessão de suprimentos porque houve incumprimento do referido contrato. O juiz na análise dessa questão, expôs vários motivos que determinaram a sua decisão. No entanto, aquilo que nos interessa prende-se estritamente com o arresto. Na linha da jurisprudência, o decretamento de uma apreensão de bens constitui um ato de exercício de poderes de autoridade. Portanto se o decretamento do arresto, só por si, implica o exercício de poder de autoridade, então esta medida está fora do âmbito de jurisdição arbitral.

contra a admissibilidade do decretamento de providências cautelares pelo tribunal arbitral se resumiam nos seguintes : em primeiro lugar, a arbitragem foi concebida para a resolução de causas principais e não para a apreciação de providências cautelares, esse fato é provado pelo regime de recorribilidade das decisões arbitrais e anulabilidade de sentenças arbitrais, só é admissível recurso e anulação da decisão arbitral final e não da decisão interlocutória. Defendia-se também que as providências cautelares só podiam ser decretadas se estivessem expressamente previstas na convenção de arbitragem e que o procedimento cautelar não podia envolver o uso de *ius imperii* por parte do tribunal arbitral. Levantou-se, ainda, a problemática da morosidade do processo da constituição do tribunal arbitral, no que concerne ao decretamento de medidas cautelares antes da instauração da ação principal.

No entanto, o principal argumento que usavam contra a possibilidade de os tribunais Arbitrais decretarem as providências cautelares derivava na inexistência dos poderes de autoridade por parte desses tribunais. Como já foi dito anteriormente, os Tribunais Arbitrais não têm *ius imperii*, sendo assim não têm força executiva. Se não têm força executiva não podem executar medidas cautelares, se não podem executar essas medidas também não podem decretá-las.

A impossibilidade de execução de medida cautelar resultava imediatamente a impossibilidade do decretamento da referida medida. Contudo, facilmente se conclui que esse argumento tinha aplicação restrita porque só determinava a incompetência cautelar da providência cautelar que necessitava de ser executada ou que suponha o exercício do poder de autoridade.

A autora Paula Costa e Silva³⁰ baseou os seus estudos na doutrina alemã e seguindo a posição do autor Habscheid mostrou-nos que o procedimento cautelar pode ser dividido em dois momentos distintos: o momento do decretamento e o executivo. Nesse caso, a competência do Tribunal Arbitral para decidir sobre uma determina medida não é o mesmo que a competência para executar essa medida. Há uma primeira fase, na qual o Tribunal vai decretar a medida e decidir sobre a sua admissibilidade. Em seguida, há uma segunda fase, em que é preciso desencadear atos referentes ao exercício do poder de autoridade para executar a medida cautelar.

Há uma dissociação entre competência declarativa para o proferimento da decisão e competência executiva dessa decisão. Segundo a autora Paula Costa e Silva, o tribunal

³⁰ Paula Costa e Silva, *A Arbitralidade de Medidas Cautelares*, op. cit., pág.211 – 235

arbitral tem competência para decidir sobre o decretamento de medidas cautelares, mas não tem competência executiva para execução dessas medidas quando o requerido não cumpre voluntariamente a sua obrigação.

No ac. do TRL de 20/04/2006 (processo 3041/2006-2) relatado por Maria José Mouro, o julgador refere que é determinante entender se o decretamento de uma medida cautelar inclui o exercício de poder de autoridade por parte do tribunal arbitral, se não for possível separar os dois momentos, o árbitro não tem poder cautelar, sendo que nesses casos deve-se recorrer ao tribunal do estado ³¹. Como dispõe o ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 21/01/2010 o tribunal arbitral, “por não ter “jus imperii”, não tem competência para a execução das suas próprias decisões, nem para outra ação executiva, fundada em decisão de tribunal judicial ou em qualquer outro título”³².

É preciso realçar que a distinção entre momento declarativo e o momento executivo não se verifica apenas no procedimento cautelar, isto é, faz parte de todo o procedimento arbitral. O tribunal arbitral não tem competência para executar nem a decisão cautelar (art.27 n.º1 parte 3 da LAV) nem a decisão definitiva (art.47 da LAV)³³. Posteriormente, desenvolveremos melhor a questão da competência executiva dos tribunais arbitrais e a cooperação entre os mesmos e os tribunais judiciais. Por fim, chegámos a seguinte conclusão, não se pode usar o argumento de que o fato de o Tribunal arbitral não ter competência executiva determina a exclusão do poder para decretar medidas cautelares. Se assim fosse todo o procedimento arbitral estaria comprometido.

³¹ No referido ac. a requerente intentou contra a requerida um procedimento cautelar de arresto no seguimento da celebração de um contrato-promessa de compra e venda de ações e cessão de suprimentos porque houve incumprimento do referido contrato. O juiz na análise dessa questão, expôs vários motivos que determinaram a sua decisão. No entanto, aquilo que nos interessa prende-se estritamente com o arresto. Na linha da jurisprudência, o decretamento de uma apreensão de bens constitui um ato de exercício de poderes de autoridade. Portanto se o decretamento do arresto, só por si, implica o exercício de poder de autoridade, então esta medida está fora do âmbito de jurisdição arbitral. Disponível em www.dgsi.com

³² Nesse ac. aprecia-se e decide-se sobre os requisitos de caducidade de um procedimento cautelar de arresto de prédios urbanos por não ter sido proposta a ação final no tribunal judicial onde foi intentada a providência cautelar. O tribunal decidiu pela caducidade da providência cautelar porque a requerente não respeitou as normas legais previstas no art.10.º do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem de Litígios da Ordem dos Advogados e o art.11.º n.º 3 da Lei n.º 31/86 de 29.08 que dizem respeito à notificação para constituição de arbitragem. Além disso, esse procedimento cautelar não pode ser decretado pelo tribunal arbitral porque o seu momento declarativo confunde-se com o momento executivo. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21/01/2010 (processo 4321/09.9TBOER.L1-6), relato de Gilberto Jorge, disponível em www.dgsi.com. Ver ainda Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional, A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, 2005, pág.86

³³ Mário Esteves de Oliveira, Frederico Gonçalves Pereira, Rodrigo Esteves de Oliveira, André Proença, João Soares Franco, Joana Neves, António de Magalhães Cardoso, Paulo Pinheiro, Sofia Ribeiro Branco, Ana Lickfold Novaes e Silva, José Miguel Lucas e Piedade Castro e Sousa, *Lei de Arbitragem Voluntária Comentada*, Edições Almedina, 2014, pág. 335-348, 587-598; esses artigos são da redação da atual lei de arbitragem voluntária.

Armindo Ribeiro³⁴ também teve um papel preponderante na defesa da possibilidade de os tribunais arbitrais decretarem providência cautelar. Caso a mesma não fosse respeitada pelas partes, devia-se solicitar ao tribunal judicial que decidisse sobre a sua conveniência e determinasse a sua execução. De acordo com este entendimento, as partes podiam estabelecer na convenção de arbitragem que o tribunal arbitral decretasse medida cautelar. Mas para que isso acontecesse, era necessário respeitar dois requisitos: a medidas apenas se podia dirigir a uma das partes do processo e não podia implicar o exercício do *ius imperii*.

Do ponto de vista deste autor, sempre que não estivesse expressamente regulado na convenção de arbitragem ou em algum documento a questão das providência cautelar devia-se fazer uma interpretação à convenção de arbitragem para entender se resultava da mesma a atribuição ao tribunal arbitral o poder para conhecer e decidir tudo que se relacionasse com o seu objeto. Ou seja, da forma como as partes regulavam a convenção de arbitragem podiam dar a entender que desejavam atribuir ao tribunal arbitral toda a competência que dissesse respeito ao determinado objeto.

Nesse caso, faria parte desta competência as decisões sobre providências cautelares conexas com o objeto em causa, sendo necessária a efetiva resolução do litígio. Enquanto não estivesse constituído o tribunal arbitral as partes podiam recorrer ao tribunal judicial para não frustrar o princípio da celeridade. Também podiam recorrer ao mesmo nos casos em que as medidas cautelares afetassem a esfera jurídica de terceiros. Sempre que havia um silêncio completo das partes respeitante a esse assunto, aplicava-se o princípio da teoria implícita ou inerente da convenção de arbitragem.

Os autores Bento Soares e Moura Ramos também perfilhavam o entendimento de no silêncio da lei, a providência cautelar podia ser decretada pelo tribunal arbitral desde que as partes tivessem estipulado expressamente na convenção de arbitragem. Entretanto, a sua execução pertencia aos tribunais judiciais³⁵.

O professor Calvão da Silva³⁶ também defendia a competência dos tribunais arbitrais para decretar medidas cautelares quando autorizadas pela convenção de arbitragem. Segundo o autor esses poderes terminavam nos casos de medidas coercitivas, nessas situações o tribunal judicial entrava em ação. De acordo com a sua tese, o tribunal

³⁴ Armindo Ribeiro, *As Medidas Cautelares e o Processo Arbitral (Algumas Notas)*, op. cit., pág.90 – 91

³⁵ Maria Ângela Bento Soares/Rui Manuel Moura Ramos, *Contrato Internacionais, Compra e Venda, Cláusulas Penais, Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 1995, pág. 381-382

³⁶ João Calvão da Silva, *Tribunal Arbitral e Providências Cautelares*, op. cit., pág.99 – 107

arbitral necessitava da colaboração do tribunal judicial quando estavam em causa medidas não requeridas pelas partes e medidas não autorizadas por ambas as partes. Ou quando respeitados os dois últimos requisitos, precisassem de ser executadas.

Esse autor era da opinião, que o tribunal arbitral podia decretar um arresto³⁷ sem a prévia audição do requerido, determinando que a intervenção do tribunal judicial só era exigível na execução desse arresto para se proceder à apreensão efetiva do bem. Essa solução foi criticada pelo Professor Armindo Ribeiro³⁸, pois, não se entendia a posição do Calvão da Silva. Se a competência dos tribunais arbitrais está limitada pela convenção de arbitragem como pode esses tribunais decretarem uma medida cautelar com as características e natureza do arresto sem que esteja observado o princípio do contraditório das partes?

Como se sabe, o arresto é um procedimento cautelar que é decretado e executado imediatamente, se traduzindo na apreensão judicial de bens. Se o arresto for decretado sem audição da contraparte, isso significa que não houve autorização de ambas as partes para o seu decretamento. Além disso, na arbitragem o decretamento de medidas cautelares sem audição de contraparte é uma situação excecional, sendo que durante todo o processo é obrigatório respeitar-se o princípio do contraditório. Além disso, medidas com características de arresto não podem ser decretas pelo tribunal arbitral porque não é possível fazer uma separação entre momento declarativo e o momento executivo.

O autor Gonçalves Malheiro³⁹ afirma nos seus estudos que, o tribunal judicial fica com uma competência restritiva em relação ao decretamento de uma providência cautelar sempre que estiver em causa uma convenção de arbitragem. Estabelece alguns requisitos que condicionam a atuação do tribunal judicial no âmbito de uma convenção de arbitragem: A) Existência de uma lei imperativa impedindo que um Tribunal Arbitral decrete uma medida cautelar;

B) Quando o decretamento da providência cautelar implicar o uso dos poderes de autoridade ou coercivos, como por exemplo o arresto.

C) Quando ainda não está constituído o Tribunal Arbitral ou ainda não há nomeação dos árbitros.

³⁷ Arresto é um direito real de garantia que se traduz na “apreensão judicial de bens que são entregues a um depositário, que os guarda e administra em nome do Tribunal”. Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, op. Cit., 2014, pág.221

³⁸ Armindo Ribeiro, *As Medidas Cautelares e o Processo Arbitral (Algumas Notas)*, op. cit., pág.90 – 91

³⁹ Gonçalo Malheiro, *Os Poderes Concorrenciais dos Tribunais Arbitrais e dos Tribunais Comuns para Decretamento de Providências Cautelares*, Grupo Editorial Vida Económica, 2008, pág.50

D) Quando a medida projeta na esfera de uma terceira parte e tenha impacto com os seus direitos.

E) Paralisação do Tribunal Arbitral por algum motivo. F) Acordo das partes na exclusão da intervenção do Tribunal Arbitral. G) Quando seja mais eficaz para efeito de defesa do direito e o interesse das partes o recurso ao Tribunal Comum. H) Quando a medida cautelar seja decretada sem audição da parte contrária. Segundo o autor, quando ocorre uma dessas situações, o tribunal arbitral fica impedido de decretar uma providência cautelar, dando espaço ao tribunal judicial.

De opinião contrária aos autores que referimos, surge o Professor José Lebres de Freitas,⁴⁰ era da opinião que a competência cautelar quanto a essa matéria fosse bem limitada, garantindo que os referidos tribunais só podiam decretar medidas que estivessem expressamente previstas na convenção de arbitragem e que essas medidas apenas visassem antecipação provisória da decisão definitiva.

Isto é, o Tribunal Arbitral só podia decretar medidas antecipatórias que estivessem expressamente previstas na convenção, ficando de fora as medidas conservatórias ou medidas antecipatórias que não estivessem delimitadas na convenção de arbitragem. De acordo com o seu ponto de vista, havia um monopólio legal a favor dos Tribunais Judiciais, fato que originava uma competência exclusiva desses Tribunais em relação ao pedido de providências cautelares.

Naturalmente, não podemos deixar de evidenciar o papel que a teoria dos poderes implícitos ou inerentes decorrentes da lei ou da convenção teve na admissibilidade de competência cautelar aos tribunais arbitrais. Foi importante porque combateu a tendência vigente antes dos meados dos anos 80 do séc.xx em que se negava cegamente a possibilidade do decretamento de providências cautelares ao árbitro em qualquer situação, mesmo com a convenção da parte expressa nesse sentido. Essa impossibilidade tinha como fundamento a falta de *ius imperii* dos tribunais arbitrais⁴¹.

A teoria dos poderes implícitos ou inerentes decorrentes da lei ou da convenção de arbitragem⁴² sempre foi defendida pela doutrina maioritária como um fundamento para

⁴⁰ José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais*, op. cit., pág.70 – 71 (Nota 20)

⁴¹ Ver por todos Manuel Pereira Barrocas, *Algumas Notas Sobre Medidas Cautelares no Direito Comparado da Arbitragem*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 71.ii, Lisboa, 2011, pág.490

⁴² “Os poderes inerentes não coincidem com os poderes implícitos. Os primeiros radicam na função arbitral tal como a lei configura enquanto os segundos promanam da vontade tácita das partes”. Mário Raposo, Revista da Ordem dos Advogados, Jurisprudência crítica: Arresto decretado pelo Tribunal Arbitral. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 9/11/2006 Pág.421 – 441

justificar o decretamento das providências cautelares pelo Tribunal Arbitral. Como foi referido anteriormente é através da convenção de arbitragem que se rege a maioria das competências dos Tribunais Arbitrais. Na falta de uma lei que regule determinada matéria, tem-se de recorrer ao convénio arbitral para entender quais são os poderes e os limites atribuídos aos árbitros pois, na arbitragem vigora primordialmente o princípio da autonomia privada das partes.

A convenção de arbitragem deriva num acordo de vontades no qual as partes estabeleceram resolver os seus diferendos através da via arbitral. Além da atribuição de competência aos árbitros para dirimir os litígios atuais ou eventuais, as partes têm o poder de regular livremente todo o processo de arbitragem de acordo com os seus interesses. Podem escolher os árbitros que constituirão o tribunal arbitral, as regras do processo que serão observadas no processo, bem como o lugar do funcionamento do tribunal arbitral.

Colocava-se a questão de saber se os tribunais arbitrais tinham poder para decretar as medidas cautelares nos casos em que as partes nada diziam sobre essa temática. Diante de casos em que vigora tanto o silêncio das partes, como o silêncio da lei, sendo o exemplo disso a antiga lei de arbitragem (lei nº31/86, de 29 de agosto), cabem aos árbitros determinarem as soluções indicadas nestas situações. Como já foi dito anteriormente, a teoria dos poderes implícitos ou inerentes decorrentes da lei ou da convenção de arbitragem sempre foi utilizada como um fundamento para justificar o decretamento das providências cautelares pelo tribunal arbitral.

De acordo com essa teoria, no silêncio das partes deve-se interpretar a vontade implícita das mesmas. Nesse sentido, “há que averiguar da vontade dos contraentes normalmente estipulada na respetiva cláusula de arbitragem e procurar determinar quais os tipos de litígios que estarão submetidos a este modo de justiça”⁴³. Os árbitros devem determinar a vontade tácita das partes, procurando entender a intenção das partes através das estipulações das cláusulas. Pois, as partes ao atribuírem aos árbitros a competência para tomar decisões definitivas demonstram uma predisposição para autorizarem os mesmos a decidirem sobre as medidas cautelares. Isto é, as partes ao manifestarem na convenção de arbitragem a vontade de que o seu litígio seja dirimido pelo tribunal arbitral, determina implicitamente o decretamento de providências cautelares relacionado com o

⁴³ Maria João Mimoso, *A Arbitragem de Comércio Internacional, Medidas Provisórias e Cautelares*, *Quid Juris?* 2009, pág.242

referido litígio por aquele Tribunal. Para que isto aconteça a doutrina majoritária⁴⁴ defende que é preciso que estejam verificadas três situações:

- 1) Essa competência deve estar expressamente estabelecida na convenção pelas partes;
- 2) As medidas cautelares referidas apenas devem ter como destinatário, uma das partes do processo;
- 3) A sua execução não pode envolver medidas de natureza executiva ou em que seja necessário o exercício do poder de autoridade. Quando não está expressamente previsto em nenhum documento a questão das providências cautelares, deve-se fazer uma interpretação à convenção de arbitragem para entender se resulta da mesma a atribuição ao Tribunal Arbitral o poder para conhecer e decidir tudo que se relaciona com o seu objeto.

Entretanto, podemos encontrar na doutrina algumas vozes discordantes com essa teoria. É o caso da autora Maria João Mimoso, na sua opinião, deve-se procurar a vontade real das partes e afastar qualquer tentativa de interpretar restritivamente ou mesmo extensivamente a convenção de arbitragem. O Tribunal Arbitral fica com o poder para decretar providências cautelares se as partes estabelecerem expressamente na convenção de arbitragem, situação que ocorre sempre que a lei aplicável não diz nada sobre o assunto, ou fazendo-o exija expressamente o acordo das partes. Se não acontecer assim, os árbitros devem averiguar se têm poder implícito no âmbito da função que lhes foi concedida. Resumindo, no silêncio das partes apenas é defensável a não emissão de medidas provisórias e cautelares⁴⁵.

Mariana França Gouveia também não concorda com a teoria dos poderes implícitos ou inerentes decorrentes da lei ou da convenção de arbitragem, defende que a decisão cautelar não está necessariamente contida na decisão definitiva. A autora explica que essa competência “é uma expressão de jurisdição e de autoridade de grau superior, porque decidir indiciariamente ou sem exercício do contraditório só pode ser admitido a quem se reconhece uma especial autoridade legal e social”⁴⁶.

As medidas cautelares são medidas de caráter urgente pois, devem ser decretadas num curto espaço de tempo para que a decisão final não seja frustrada e inútil. Esse tempo

⁴⁴ Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, 2005, pág.86; Paula Costa e Silva, *A Arbitralidade de Medidas Cautelares*, op. cit., págs.211-235; Armindo Ribeiro Mendes, *As Medidas Cautelares e o Processo Arbitral (Algumas Notas)*, op. cit., págs. 57 a 133; João Calvão da Silva, *Tribunal Arbitral e Providências Cautelares*, op. cit., págs.99 a 107

⁴⁵ Maria João Mimoso, *A Arbitragem de Comércio Internacional, Medidas Provisórias e Cautelares*, op. cit., pág. 241 – 247

⁴⁶ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, op. cit., pág.209

muitas vezes é insuficiente para que as partes demonstrem todos os seus pontos de vista e tragam para o processo todas as provas necessárias para a sua defesa, principalmente a contraparte. Por isso, faz todo sentido que o tribunal que decrete essas providências seja um tribunal de jurisdição superior, com larga experiência e reconhecimento social, como o tribunal judicial. Se assim for, a garantia do respeito pelo princípio do contraditório e da igualdade das armas é maior. Ressalve-se, a referida autora não compartilha da opinião daqueles que defendem essa teoria, mas não nega o poder dos Tribunais Arbitrais para decretar providências cautelares. Apenas garante que essa competência não decorre automaticamente da competência que lhes foi dada para decidir a decisão final.

Na minha opinião, as partes ao estabelecerem na convenção de arbitragem a resolução de um litígio não manifestam por si só a vontade de que as providências cautelares sejam decretadas pelo tribunal arbitral. Como sabemos, um dos princípios basilares da arbitragem é o princípio da autonomia das partes no qual impera a vontade dos contraentes.

Os tribunais arbitrais têm de cingir a sua competência dentro dos limites que lhes foram impostos pelas partes, sem tentar defraudar aquilo que foi autorizado pelas mesmas. Isto decorre da própria definição da convenção de arbitragem que consiste no acordo entre as partes de submeterem ao tribunal arbitral um litígio atual ou emergente. Nessa medida, o tribunal arbitral só tem competência para regular os litígios que estão integrados na convenção de arbitragem.

Dessa forma, as partes têm a possibilidade de atribuir e limitar a competência dos árbitros. “Por esta razão, o estudo da convenção arbitral tem na arbitragem um estudo central. É uma espécie de foco de luz que ilumina a área da competência. O que estiver na escuridão mesmo que relacionado com o litígio inserido na convenção não pode ser decidido pelo tribunal arbitral”⁴⁷. Assim sendo, não podemos concluir que o fato de o tribunal arbitral ter competência para decidir sobre decisão final, tenha implicitamente o poder para decidir sobre as providências cautelares requeridas pelas partes.

⁴⁷ Mariana França Gouveia, Curso de Resolução Alternativa de Litígio, op. cit., pág. 126

3. O papel da Lei Modelo da UNCITRAL

A matéria do decretamento das providências arbitrais pelo tribunal arbitral começou a ser regulada sobretudo na década 80 do século passado⁴⁸. Antes disso, só o tribunal judicial tinha poder para decretar as providências cautelares. Com a versão originária da Lei – Modelo da UNCITRAL ou CNUDCI (Regulamento de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional) aprovada em 1985⁴⁹ prevê-se que os Tribunais Arbitrais têm poder cautelar. Sobre a epígrafe “Poder do Tribunal Arbitral de ordenar medidas provisórias” o seu artigo 17º determinava “salvo convenção das partes em contrário, a possibilidade de o tribunal arbitral decretar medidas provisórias que este considerasse necessárias em relação ao objeto do litígio, podendo exigir a qualquer das partes que, em conexão com essas medidas, prestasse uma garantia adequada”.

Essa lei influenciou a maioria das leis de arbitragem de vários estados tais como: a inglesa (1996), a alemã (1997) a Belga (1999), a espanhola (2003), a austríaca (2006), e as alterações às leis belga (2013), e holandesa (2014), as quais foram sendo alteradas desde 1996⁵⁰. A própria lei modelo sofreu alterações em 2006. A lei portuguesa de 1985 (lei nº31/86, de 29 de agosto) não regulava essa matéria, sendo totalmente omissa quanto a essa questão. É necessário ter em conta que o regulamento da arbitragem de 2008 previa no art.4.º a atribuição da competência cautelar ao tribunal arbitral, com exceção dos casos em que as partes determinavam expressamente na convenção de arbitragem que essa matéria estava fora do âmbito da jurisdição arbitral⁵¹, por isso, nos centros de arbitragem institucionalizada os árbitros podiam decretar medidas cautelares, sendo que o consentimento da parte manifestava-se na adesão ao regulamento e na falta de disposição em sentido contrário. No entanto, essa matéria passou a ser regulada na LAV de 2011, em que se adotou integralmente a Lei Modelo.

⁴⁸ Armindo Ribeiro, *As Medidas Cautelares e o Processo Arbitral (Algumas Notas)*, op. cit., pág. 57

⁴⁹ Lei Modelo de 21 de junho de 1985, na sua elaboração participaram várias instituições internacionais de arbitragem tais como: a CCI, a LCIA e a AAA, várias associações nacionais e internacionais de arbitragem, bem como académicos, práticos e especialistas de várias nacionalidades. Além disso, foi influenciada pela Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras e pelo regulamento da CNUDCI sobre arbitragens *ad hoc* de 1976. Armindo Ribeiro Mendes, *A nova lei de arbitragem voluntária – evolução ou continuidade?* Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Associação Portuguesa de Arbitragem, anual nº.5 – 2012, Almedina, pág.12

⁵⁰ Dário Moura Vicente, Armindo Ribeiro Mendes, José Miguel Júdice, José Robin de Andrade, Nuno Ferreira de Sousa, Pedro Metello Nápoles, Pedro Siza Vieira, Sofia Martins, *Lei de Arbitragem Voluntária Anotada*, 3ª Edição, revista e atualizada, Almedina, 2017, pág. 79

⁵¹ Regulamento do Centro da Arbitragem Comercial da Câmara do Comércio e Indústria Portuguesa de 2008, disponível in www.centrodearbitragem.pt

A Lei – Modelo da UNCITRAL ou CNUDCI é um texto legislativo preparado pela UNCINTRAL que é recomendado aos Estados para a promulgação como parte de sua legislação nacional. É considerado um regulamento bem equilibrado e concebido que espelha as tendências mais generalizadas e mundialmente aceitas na atualidade, é preciso ter em conta que na sua elaboração, participaram vários Estados de diferentes áreas geográficas, com diferentes sistemas jurídicos e níveis de desenvolvimento económico, o que contribui para que os seus princípios estejam de acordo com as várias famílias de direito existente globalmente. Sendo como o seu próprio nome indica, um regulamento modelo.

É uma lei flexível que permite cada Estado ajustar as suas alterações para enquadrar a lei Modelo no seu sistema. No entanto, os Estados são incentivados a fazerem menor número possível de alterações porque pretende-se que haja unificação internacional, uma harmonia nas legislações nacionais de cada Estado. A UNCITRAL⁵² desempenha uma função muito importante, contribui de forma significativa para o desenvolvimento do quadro jurídico do comércio internacional, pois prepara textos legislativos⁵³ (de grande relevo na resolução de disputas comerciais internacionais), que são usados pelos diversos Estados para modernizar e harmonizar o direito do comércio internacional, e também elabora textos não legislativos⁵⁴, que podem ser utilizados pelas partes nas suas negociações.

A arbitragem é um meio de resolução alternativa de litígio que é usada muitas vezes pelas empresas e operadores económicos para que possam resolver os seus conflitos de forma mais célere e eficiente. As partes podem escolher os árbitros que dominam tecnicamente a matéria do objeto do litígio, assegurando assim, que a questão seja resolvida por um profissional devidamente especializado e capacitado na matéria em questão. Por outro lado, o processo arbitral costuma ser mais rápido e com menos formalismo jurídico do que o processo judicial. Por isso, faz todo sentido que se criem condições favoráveis ao desenvolvimento da arbitragem voluntária, sendo que o seu desenvolvimento e consolidação constitui um fator de enorme progresso para economia porque impulsiona o comércio, desencadeia melhoria na qualidade de vida dos cidadãos e possibilita novas oportunidades de investimento através das empresas internacionais.

⁵² Sobre UNCINTRAL consultar o site: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>

⁵³ São exemplos: convenções, leis modelo, guias legislativos.

⁵⁴ Regulamento de arbitragem da UNCINTRAL

Como diz Manuel Pereira Barrocas⁵⁵ é preciso que haja uma cultura de arbitragem. E para que haja essa cultura, os Estados têm de atualizar e modernizar as suas leis de arbitragem de forma que elas possam acompanhar a evolução do comércio e impulsioná-lo em vez de prejudicá-lo. Uma das formas de impulsionar esse meio de resolução alternativa de litígio é aumentando a sua credibilidade e confiança. Consequentemente, mantém-se harmonia e segurança nas relações económicas internacionais.

Melhor explicando, os países que são capazes de dar respostas aos diversos problemas que surgem no âmbito internacional, podem induzir os operadores de comércio internacional a optar por localizar nos seus territórios a resolução dos conflitos previstos no contrato por meio arbitral, ou acordarem que esses conflitos possam ser resolvidos posteriormente por esse meio. Além disso, serve como um elemento de sensibilização das empresas e profissionais de diversas áreas que recorrem à arbitragem, a escolha de um país que apresentar o quadro jurídico mais flexível.

É preciso ter em conta que, a escolha de uma lei que apresenta familiaridade com a lei de outros países apresenta vantagem, porque normalmente os problemas que resultam da aplicação normativa já foram analisados e aprofundados pela doutrina e jurisprudência internacional e consequentemente já experimentaram as soluções para os mesmos através dos seus tribunais. Além disso, esse instrumento jurídico evolui com base na experiência internacional acumulada, sendo que essa lei corresponde ao que, na realidade, foi demonstrando ser adequado ao fomento da arbitragem como o modo normal de resolução de conflitos no campo da economia internacional.

A competência dos árbitros na temática aqui em causa surge como consequência da insatisfação dos operadores económicos com a capacidade de resposta dos Tribunais Judiciais face aos conflitos emergentes das relações comerciais. A ocorrência desses acontecimentos, fazem com que a arbitragem se apresente, cada vez mais, como um meio adequado para resolver essas questões⁵⁶.

⁵⁵ Manuel Pereira Barrocas, *Contribuição para a Reforma da Lei de Arbitragem Voluntária*, disponível em <https://portal.oa.pt>; Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2ª Edição, Almedina, 2013, pág.47

⁵⁶ Sobre esse assunto consultar o site: <http://arbitragem.pt/projetos/lav-2011>

4. A admissibilidade das providências cautelares na nova lei de arbitragem⁵⁷ voluntária

Em 2011 o legislador português consagrou a lei de arbitragem voluntária, lei nº63/2011 de 14 de dezembro com base nos preceitos da Lei Modelo da UNCITRAL na sua versão de 2006. A nova lei de arbitragem surgiu como consequência de uma medida imposta ao Estado Português no memorando⁵⁸ de entendimento celebrado entre Comissão Europeia, Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional. No ponto 7.6 daquele memorando exigia-se que o governo apresentasse uma nova lei de arbitragem até ao final de setembro de 2011.

Porém, antes desse acontecimento, já havia discussões em torno da necessidade de publicação de uma nova lei de arbitragem, em março de 2009 foi apresentado um projeto de lei no qual o principal redator foi o Dr. Sampaio Caramelo⁵⁹, esse articulado foi revisto pela APA e foi apresentado em maio de 2010, depois disso, apresentou-se uma versão melhorada daquele articulado. Em 15 de Março de 2012 entrou em vigor a nova lei de arbitragem voluntária. Além disso, o fato de muitos países terem adaptado as suas leis de arbitragem à lei modelo, sem dúvida, consistiu num motivo determinante para que o legislador português apostasse na adoção dos preceitos da Lei Modelo da UNCINTRAL⁶⁰.

O regulamento de arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa⁶¹ sofreu alterações em 2014 com o objetivo de harmonizar as suas disposições à nova lei de arbitragem, o seu artigo 4.º aparece com uma formulação quase idêntica ao disposto no regulamento anterior, porém, enquanto anteriormente determinava-se que o tribunal arbitral podia “pronunciar” sobre a medida cautelar, agora determina-se que essa medida pode ser “decretada” pelo tribunal arbitral. Acrescenta-se ainda, o decretamento de ordens preliminares pelos árbitros, art.4.º, nº1. Essas alterações demonstram visivelmente a influência da lei de arbitragem nos dispositivos do regulamento.

⁵⁷ Lei nº63/2011, 14 de dezembro; Armindo Ribeiro Mendes, *A nova lei de arbitragem voluntária – evolução ou continuidade?* Op. cit., pág.7 e segs.

⁵⁸ https://tretas.org/moin_static/aventar/memorando_troika-pt_PT.pdf;

⁵⁹ <http://arbitragem.pt/noticias/2012/2012-02-23--conf--armindo-ribeiro-mendes.pdf>; Armindo Ribeiro Mendes, *A nova lei de arbitragem voluntária - evolução ou continuidade?* Op. cit., pág.7 – 11

⁶⁰ <http://arbitragem.pt/projetos/lav-2011/lav-preambulo030509.pdf>;

⁶¹ Regulamento do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara do Comércio e Indústria Portuguesa de 1 de março de 2014 disponível em www.centrodearbitragem.com. José Carlos Soares Machado e Mariana França Gouveia, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios*, 2ª edição atualizada, Almedina, 2017, pág.201

Aparece disposto no artigo 20.º n.º 1 da LAV que “*salvo estipulação em contrário, o tribunal arbitral pode, a pedido de uma parte e ouvida a parte contrária, decretar as providências cautelares que considere necessárias em relação ao objeto do litígio*”. Portanto, toda aquela discussão que havia na doutrina e jurisprudência (temos como exemplo: acórdão do Tribunal Constitucional 123/2015 de 7 de julho e acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 12 de julho de 2018 ⁶²) acerca da competência do tribunal arbitral para decretar medidas cautelares ficou assim resolvida, tendo o legislador português optado pela admissibilidade de providências cautelares arbitrais.

Essa norma foi inspirada concretamente no artigo 17º (poder do tribunal arbitral de ordenar medidas provisórias) da Lei Modelo, o nº.1 consta da versão originária da Lei Modelo enquanto o nº2 provém das alterações que foram feitas em 2006. Tal como o art.17.º, nº2, o art.20.º, nº2 também enuncia 4 categorias de medidas que o tribunal arbitral pode decretar, as únicas diferenças deste artigo em relação ao outro são as seguintes: a exigência do princípio do contraditório e a exigência da medida com a sua conexão com o objeto do litígio⁶³.

Além disso, é necessário sublinhar o impacto que o Regulamento de Arbitragem da Câmara do Comércio Internacional de 1 de março de 2017 tem na arbitragem, sendo um diploma de grande relevo na resolução de litígios internacionais e regulação do comércio internacional, influenciando assim, várias disposições nacionais como a lei portuguesa. Por isso, não se pode deixar de referir que a questão da admissibilidade das

⁶²Acórdão do Tribunal Constitucional 123/2015 de 7 de julho “não julga inconstitucional a dimensão normativa resultante do artigo 2.º da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, segundo a qual o titular de direito de propriedade industrial apenas pode recorrer à arbitragem necessária, precludindo o recurso direto ao tribunal judicial no que se refere a providência cautelar” disponível em <https://dre.pt/>. No segundo acórdão, foi celebrado um acordo escrito entre a Associação Portuguesa de Seguradores e a Brisa – Auto - Estradas de Portugal, S.A. (atualmente, Brisa. Concessão Rodoviária, S.A.) denominado “Protocolo”. Pretende-se saber se ocorre ou não a exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral. Ficou claro que o “Protocolo” outorgado pela Associação Portuguesa de Seguradores e Brisa-Auto Estradas de Portugal, S.A. não contempla a criação de um Tribunal Arbitral, para julgar ações de responsabilidade civil extracontratual, resultantes de atos ilícitos causadores de danos nas infra-estruturas das auto-estradas concessionadas. Por isso, o tribunal decidiu que não se trata de exceção dilatória de preterição do tribunal arbitral. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 12 de julho de 2018 (processo nº 105/11.1), relator: Sílvio Sousa, disponível em www.djsi.com.

⁶³ Dário Moura Vicente, Armindo Ribeiro Mendes, José Miguel Júdice, José Robin de Andrade, Nuno Ferreira de Sousa, Pedro Metello Nápoles, Pedro Siza Vieira, Sofia Martins, *Lei de Arbitragem Voluntária Anotada*, 3ª Edição, revista e atualizada, Almedina, 2017, pág.79; António Menezes Cordeiro, *Tratado da Arbitragem, Comentário à lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina, 2014, pág.230; Mário Esteves de Oliveira, Frederico Gonçalves Pereira, Rodrigo Esteves de Oliveira, André Proença, João Soares Franco, Joana Neves, António de Magalhães Cardoso, Paulo Pinheiro, Sofia Ribeiro Branco, Ana Lickfold Novaes e Silva, José Miguel Lucas, Piedade Castro e Sousa, *Lei de Arbitragem Voluntária Comentada*, Almedina, 2014, pág.280

medidas cautelares pelo tribunal arbitral está prevista no art.28.º cujo a epígrafe é “medidas cautelares e provisórias.

1. Este dispositivo da LAV consagra o sistema *opting-out*⁶⁴, ou seja, não é preciso estipulação positiva da competência cautelar do Tribunal Arbitral. Essa competência decorre da lei, isto é, por efeito legal associado à celebração de um contrato. Logo, não se trata de um efeito jurídico-negocial. Nesse caso, as partes não precisam conferir expressamente competência ao tribunal arbitral para decretar medidas provisórias, essa competência surge automaticamente por força da lei. Por isso, fica assim resolvida a questão da admissibilidade do decretamento das providências cautelares pelo Tribunal Arbitral.

2. Na primeira parte do artigo citado “salvo estipulação em contrário” está previsto o acordo de exclusão do poder cautelar do tribunal arbitral se esse for o desejo das partes. Se as partes não determinarem previamente o afastamento da competência cautelar do tribunal arbitral pode uma das partes pedir o decretamento de uma medida pelo árbitro. Conclui-se que essa é uma norma supletiva que pode ser afastada pela vontade das partes. Porém, o legislador não diz em qual momento pode-se estabelecer esse acordo de exclusão⁶⁵. Se tem de ser estabelecido desde início na convenção de arbitragem ou em qualquer momento do processo arbitral. Normalmente, esse acordo constará desde início na convenção de arbitragem. Se não acontecer assim, as partes têm total liberdade de modificar a convenção de arbitragem por acordo mútuo até aceitação do primeiro árbitro.

3. O demandado também pode ter iniciativa para pedir o decretamento de uma medida cautelar. Isso resulta da leitura conjunta do art.20, nº1 no qual se estabelece “*o tribunal arbitral pode, a pedido de uma parte*”, e do nº2 que dispõe “*o tribunal arbitral ordena a uma parte*”, como se vê, o legislador não especifica qual a parte que deve agir nessas situações, se é o demandante ou o demandado. Esse fato ainda é mais evidente no art.22.º, nº1 que determina “*qualquer uma das partes pode pedir que seja decretada a medida cautelar*”.

A LAV dispõe ainda no art.33.º, nº4 que “*o demandado pode deduzir reconvenção, desde que o seu objeto seja abrangido pela convenção de arbitragem*”.

⁶⁴ Pedro Caetano, VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, Intervenção, “*Arbitragem e Medidas Cautelares. Algumas Notas*”, Edições Almedina, 2013, pág.100

⁶⁵ <file:///C:/Users/user/Documents/20.LAV.pdf>, Advogado Manuel de Abreu Castelo Branco, pág.3

Portanto, a reconvenção⁶⁶ é admissível na arbitragem e não se encontra sujeita aos requisitos impostos na lei processual civil, pelo fato de o código processual civil não se aplicar à arbitragem. Contudo, esse pedido deve respeitar a convenção de arbitragem estabelecida entre as partes, pois, o objeto do pedido reconvenicional deve ter conexão com a convenção de arbitragem.

O requerido tem o direito de deduzir pedidos contra o autor, exercendo o seu direito de defesa. No entanto, questiona-se na doutrina se é possível o demandado requerer uma contra providência (com o intuito de contrabalançar, acautelar ou matizar uma providência propriamente dita, deduzida pelo demandante) ou providência autónoma (com intuito de proteger cautelarmente a sua situação).

Na opinião do autor Menezes Cordeiro⁶⁷, essas medidas são admissíveis, tendo como fundamento os artigos que foram enunciados anteriormente. Já o autor Mário Esteves de Oliveira⁶⁸, apesar de perfilhar o entendimento de que devesse admitir as contra - providências, tem sérias dúvidas quanto à admissibilidade de providências cautelares movidas pelo requerido autonomamente, sem que haja uma ação movida contra ele. Partilhámos a opinião desse autor, uma vez que, não faz sentido que o requerido instaure providências cautelares antes da atuação do requerente. Nesse caso, parece-nos que a sua posição não deve ter a qualificação de demandado, mas sim de demandante.

4.Na arbitragem há um conjunto de princípios fundamentais previstos no art.30.º da LAV, regulam o processo arbitral e deverão ser sempre respeitados para que todos tenham um processo equitativo e justo. Aliás, esses princípios são princípios estruturantes do Estado de Direito e devem ser observados em todos os trâmites processuais e em todos os ramos de direito⁶⁹. Têm garantia constitucional e são designados pela doutrina como *direitos fundamentais processuais*, constituem também *princípios constitutivos de toda a ordem processual*, porque sem os mesmos não se pode falar da existência de um

⁶⁶ Sobre o conceito de reconvenção, ver José Lebre de Freitas, *A Ação Declarativa Comum, À Luz Do Código Revisto*, Coimbra Editora, 2000, pág.107; José Lebre de Freitas/ Isabel Alexandre, *Código processo Civil Anotado*, Vol. I, 3ª edição, Coimbra Editora, pág.516-517; Manuel Pereira Barrocas, *Lei de Arbitragem Comentada*, Almedina, 2013, pág.129; Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígio*, op. Cit., pág.263-264

⁶⁷ António Menezes Cordeiro, *Tratado da Arbitragem, Comentário à lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina, op. Cit., pág.233;

⁶⁸ Coordenação Mário Esteves de Oliveira, *Lei de Arbitragem Voluntária Comentada*, op. cit., pág.283-285

⁶⁹ Jorge Reis Novais, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes Da República Portuguesa*, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2011, pág.10

processo⁷⁰. Aqueles que têm relevância de acordo com o preceito que estamos a analisar são: o princípio do pedido ou do dispositivo⁷¹ “a pedido de uma parte” e o princípio do contraditório “ouvida a parte contrária”⁷² (20º, nº1 e 30º, nº1 da LAV).

Segundo o princípio do pedido, o árbitro só pode decretar medidas cautelares mediante o pedido das partes, são as mesmas que devem iniciar o processo, configurar o seu conteúdo, revogá-lo, suspendê-lo ou pôr-lhe termo. Isto é, o tribunal arbitral não tem poder oficioso para desencadear essas medidas, melhor dizendo, não pode decretar medidas cautelares *ex officio*, devem ser sempre solicitadas pelas partes.

O princípio do contraditório traduz o fato de essas medidas só poderem ser decretadas depois da audição das partes, principalmente contra quem a medida será decretada. Isto significa que antes do decretamento de uma medida o requerido deve ter oportunidade de apresentar as suas alegações. Além disso, não existe em arbitragem medidas cautelares *ex parte*, ou seja, “decretadas a pedido de uma das partes e não submetidas a contraditório prévio da parte ou partes requeridas”⁷³. A dificuldade de ser emitida medidas cautelares *ex parte* na arbitragem é apontada como uma desvantagem das medidas cautelares arbitrais.

Esses princípios são corolários do princípio da igualdade das partes⁷⁴ previsto no art.30.º, nº1 b) da LAV, essa formulação provém do art.16.º da LAV 1986 e consta no art.18.º da Lei Modelo. No processo arbitral todas as partes têm os mesmos direitos e ambas as partes devem ter as mesmas oportunidades durante todas as fases do julgamento. Uma parte não deve, nem pode ser beneficiada em prejuízo da contraparte.

⁷⁰ Por esse motivo o autor Pedro Pinto Monteiro considera que o artigo 30º, nº1 da LAV é uma disposição incompleta porque não contempla todos os princípios fundamentais que o processo arbitral deverá sempre respeitar. E é inócua porque os princípios nesse preceito seriam sempre aplicáveis, independentemente da sua consagração expressa na LAV. No entanto, esses princípios estão consagrados na LAV porque esse diploma reconhece a importância dos mesmos. António Pedro Pinto Monteiro, *O Princípio da Igualdade e Pluralidade de Partes na Arbitragem*, Almedina, 2017, pág.99; Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, pp.966

⁷¹ Ana Prata, *Dicionário Jurídico*, 5ª Edição, Almedina, 2008, pág.1105;

⁷² Sobre essa matéria, Artur Anselmo de Castro, *Direito Processual Civil Declaratório*, vol iii, Almedina. Coimbra, 1982, pág.153-156; Ana Prata, *Dicionário Jurídico*, 5ª Edição, Almedina, 2008, pág.1112

⁷³ Definição do Professor Manuel Pereira Barrocas, *Lei de Arbitragem Comentada*, op. cit., pág.92

⁷⁴ Esse princípio manifesta-se como corolário do princípio da igualdade previsto no art.13º da CRP e do princípio ao processo equitativo consagrado no art.20º, nº.4, da CRP e no art.4º do CPC; O princípio da igualdade implica que o “essencialmente igual não deve ser tratado desigualmente; o essencialmente igual não deve ser arbitrariamente tratado como desigual ou como essencialmente desigual” Jorge Reis Novais, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes Da República Portuguesa*, Coimbra Editora, pág. 112; António Pedro Pinto Monteiro, *O Princípio da Igualdade e Pluralidade de Partes na Arbitragem*, Almedina, 2017, pág.97; Ana Prata, *Dicionário Jurídico*, 5ª Edição, Almedina, 2008, pág.1105; Manuel Pereira Barrocas, *Lei de arbitragem Comentada*, op. cit., pág.94; Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo, Agostinho Pereira de Miranda, Miguel Cancell de Abreu, Paula Costa e Silva, Rui Pena, Sofia Martins, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pág.59;

Se ocorrer uma violação de um desses princípios e se essa violação tiver uma influência decisiva na resolução do litígio pode originar a anulação da sentença arbitral pelo tribunal estadual, artigo 46.º, nº3, alínea a), subalínea ii). Além disso, é necessário salientar, que caso haja uma decisão do tribunal arbitral que aplique uma norma que viole um desses princípios fundamentais poder-se-á recorrer ao Tribunal Constitucional para arguir a inconstitucionalidade da norma. Como sublinha-se no ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 15/03/2018 o princípio da igualdade das partes e o princípio do contraditório “possuem dignidade constitucional porque derivam, em última instância, do princípio do Estado de Direito”.⁷⁵

Ainda no seguimento do art.20.º da LAV, determina-se que o tribunal pode escolher a medida que considere mais adequada e eficaz para solucionar o problema. Nesse caso, o tribunal deve agir de acordo com o princípio de proporcionalidade, fazendo tudo que estiver ao seu alcance para que haja um equilíbrio entre os direitos das contrapartes. Deve acautelar o direito do requerente sem que acarrete um prejuízo demasiado grave para o requerido. Assim, assegura a eficácia da sentença arbitral e oportunidade da medida cautelar. Nesse sentido, entende-se que apesar de serem as partes a pedirem o decretamento da providência cautelar, é ao tribunal arbitral que cabe o papel de escolher a medida que melhor se enquadre na resolução do litígio, obedecendo aos requisitos do nº2 do referido artigo.

⁷⁵ Ac. do Tribunal de Relação de Lisboa de 15/03/2018 (processo 23267/17.0T8LSB.L1-6), relator: Ana Cristina, disponível em www.dgsi.com

Capítulo II. As providências cautelares arbitrais

1. Finalidades das providências cautelares arbitrais

Como foi dito anteriormente, artigo 20.º, n.º2 da lei de arbitragem elenca em 4 alíneas, as finalidades das providências cautelares arbitrais. É uma enumeração exaustiva porque resulta da letra da lei e, além disso, foi essa a intenção da UNCINTRAL ao estipular o seu artigo 17.º com essa configuração⁷⁶. O Tribunal Arbitral pode decretar qualquer medida, desde que a mesma siga uma das finalidades acima indicadas. É uma formulação ampla e não tipificada⁷⁷, ao contrário do que acontece no processo civil, há na arbitragem voluntária um princípio de inexistência de tipicidade ou *numerus clausus* das medidas cautelares arbitrais. Há uma enumeração, que indica os fins e os objetivos visados pela providência cautelar, sem necessidade de fazer uma menção expressa sobre os tipos da providência cautelar. Seja qual for a natureza e o alcance da medida arbitral pretende-se que na arbitragem a decisão seja oportuna e eficaz⁷⁸.

Em virtude do que foi mencionado, conclui-se que na arbitragem o legislador optou por indicar os fins ou efeitos que as providências cautelares devem seguir: conservar a situação existente, assegurar a estabilidade do processo arbitral, garantir a execução da sentença arbitral e preservar a prova. Apesar de estarem elencados determinados fins no n.º2 do artigo 20.º, não se pode concluir que este preceito estabelece uma proibição de o Tribunal decretar providências cautelares que prossigam outros fins distintos daqueles que estão determinados. Ou que haja proibição do alargamento das finalidades ou efeitos suscetíveis de serem incluídos naquele dispositivo.

O professor Manuel Pereira Barrocas é de opinião que as finalidades previstas na lei são tão amplas que abrangem todas as necessidades cautelares propostas pelo sistema arbitral⁷⁹. As alíneas a) á c) do n.º2 do artigo 20.º se reconduzem à qualificação das tradicionais medidas conservatórias e antecipatórias. Sobre essa dicotomia abordaremos mais á frente. Enquanto a alínea d) é uma medida de preservação de meios de provas. Não

⁷⁶ Armino Ribeiro Mendes, Dário Moura Vicente, José Miguel Júdice, José Robin de Andrade, Pedro Metello Nápoles, Pedro Siza Vieira, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, Almedina, 2012, pág.47-49, Documentos UNCITRAL A/ CN.9/WG.II/WP.141 e A/ CN.9/523, pág.3, disponíveis em www.uncintral.org;

⁷⁷ Sobre o princípio da atipicidade ver Ana Prata, *Dicionário Jurídico*, op. Cit., pág. 1100

⁷⁸ Manuel Pereira Barrocas, *Lei de Arbitragem Comentada*, op. cit., pág.92-93

⁷⁹ Manuel Pereira Barrocas, *Lei de Arbitragem Comentada*, op. Cit., pág.92-93

há uma diferença linear entre as finalidades⁸⁰ acima analisadas, muitas vezes, as providências cautelares arbitrais prosseguem mais do que uma finalidade. Quando isso acontece, denomina-se de sobreposição de finalidades. Esse fato se deve justamente porque há um elenco de fins e não de tipos de providências cautelares. Esta sobreposição não levanta nenhum problema.

Na alínea a) pretende-se conservar ou restaurar uma determinada situação anteriormente existente até o proferimento da sentença. Na interpretação do professor Menezes Cordeiro⁸¹ essa alínea se reconduz à três situações: salvaguarda do concreto objeto do litígio, manutenção do status subjetivo da contraparte e salvaguarda da arbitralidade. Por exemplo: pode-se determinar que uma parte não utilize certos direitos protegidos por propriedade intelectual ou industrial, que não aliene ou onere ações, que suspenda uma obra, ou não mude de sede ou reduza o capital.

A alínea b) visa garantir a estabilidade do processo arbitral impedindo algum comportamento que possa pôr em causa o normal andamento do processo (diligências inúteis, má fé ou perturbações no decorrer do processo), versa sobretudo no domínio processual. Nessa alínea também se determina que é primordial evitar danos e prejuízos de direitos sobre qual versa o litígio. Temos como exemplo: uma ordem do Tribunal, que permite a uma das partes a dar continuidade à execução de um contrato a que outra parte pretende opor-se por entender, que o contrato, é inválido. A doutrina também costuma referir-se muito à *anti-suit injunctions*, isto é, ordem de abstenção judicial em que o tribunal arbitral ou judicial proíbe uma das partes de iniciar um processo noutro tribunal sobre objeto da arbitragem. Este normativo tem como intuito proteger o processo arbitral.

Na alínea c) pretende-se proteger bens e direitos sobre os quais uma sentença arbitral subsequente possa ser executada. Essa alínea suscita uma questão pertinente porque discute-se se estão aqui incluídas as providências cautelares de natureza executiva. A sua finalidade é garantir a própria utilidade material da sentença final, assegurando que no final do litígio exista bens sobre os quais se possa efetivar o direito da parte vencedora através da execução dos mesmos. Ou seja, refere-se especificamente à aquela medida em que se ordena a uma das partes que não dissipe o seu património ou não o coloque em situação de inatingibilidade. Por exemplo: ordem de apreensão de bens que sirvam de garantia à execução, ordem de depósito de quantia monetária na conta de um terceiro.

⁸⁰ Manuel Pereira Barrocas, *Lei de Arbitragem Comentada*, op.cit., pág.91-97

⁸¹ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Arbitragem, Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, op. cit, pág.231

Por último, a alínea d) está relacionada sobretudo com a matéria probatória. Este número reproduz o art.17.º A, nº2 da Lei Modelo. Essa alínea determina que se deve preservar os meios de provas que ajudam na resolução do litígio e que os mesmos devem ser importantes e relevantes. Por isso, não se tratam de quaisquer meios de prova, mas sim daqueles que têm uma importância acrescida e que vão contribuir de forma significativa para a resolução do litígio. Todavia, este preceito não deixa claro a diferença existente entre as duas expressões supracitadas, nem esclarece de que forma se deve preencher esses requisitos. De acordo com a doutrina, um meio de prova é considerado relevante quando está relacionado com o litígio e é considerado importante quando tem valor enquanto meio de prova⁸². Como por exemplo: conservação de prova documental, ou indicação de que não sejam destruídos, inquirição de testemunhas e possibilidade de prestarem antecipadamente os depoimentos, antes da audiência de produção de provas⁸³.

No plano internacional as providências cautelares mais frequentes são: “aquelas que salvaguardam meios provas, que se destinam à constituição de provisões para garantia dos custos de arbitragem ou do pagamento do montante exigido pelo demandante, à determinação da continuação de execução do contrato na pendência da ação arbitral que visa a declaração de invalidade ou a resolução daquele, ao depósito de bens objeto de controvérsia ou à venda antecipada de bens deterioráveis, às medidas de conservação de direitos, à entrega de valores que ficam à guarda de terceiros”⁸⁴.

No código processo civil há uma distinção entre medidas cautelares comuns (artigos 362 e seguintes CPC) e medidas cautelares especificadas (artigos 377º e seguintes do CPC). Essa distinção não foi adotada pelo legislador arbitral, como podemos observar, as providências cautelares previstas na LAV não coincidem com as medidas cautelares reguladas no código processo civil. Apesar disso, não está vedada a possibilidade de o tribunal arbitral decretar uma medida cautelar do tipo comum ou especificada.

Existem as seguintes medidas especificadas: restituição provisória de posse, suspensão das deliberações sociais, alimentos provisórios, reparação provisória, arresto, embargo de obra nova e arrolamento⁸⁵. Essas medidas com exceção do arresto, são

⁸² Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª edição, Almedina, 2014, pág.218

⁸³ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Arbitragem, Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, op. cit, pág.231-233; Coordenação Mário Esteves de Oliveira, *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, op.cit., pág.282-283 Coordenação Dário Moura Vicente, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, op.cit., pág.81-82

⁸⁴ Coordenação Dário Moura Vicente, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, op.cit. pág.81-82

⁸⁵ A título de exemplo ver: o ac. TRP de 15/4/2013, RP20130415920/12.0TVPR.T.P1, Carlos Querido

arbitráveis, desde que esteja prevista numa convenção de arbitragem entre (apenas) as partes e por uma relação integrada na mesma convenção⁸⁶.

2. Tipos de providências cautelares: medidas conservatórias e medidas antecipatórias

Anteriormente mencionámos que as finalidades das providências cautelares se configuram em dois tipos de providências cautelares: as medidas cautelares conservatórias e medidas cautelares antecipatórias que também são chamadas de medidas satisfatórias ou de satisfação. Essa classificação das providências cautelares refere-se ao conteúdo das mesmas, diz respeito ao modo como essas medidas exercem a característica de instrumentalidade.

Geralmente, a função exercida por determinada medida também refere-se ao tipo de perigo que se pretende evitar, assim sendo, quando o risco assenta na perda de efetividade da futura sentença cujo a causa é alteração das circunstâncias, a medida a adotar é aquela que manteria a situação durante a pendência da ação principal, mas quando o perigo ocorre pelo atraso de uma sentença porque não ocorreu no momento considerado, a medida certa será aquela que antecipa os efeitos da providência definitiva, ainda que de forma provisória⁸⁷.

Medidas conservatórias são medidas que como o seu próprio nome indica visam conservar ou preservar o *status quo*, fazem parte destas medidas as providências cautelares que cumprem as funções previstas nas alíneas a) e b) do nº2 do artigo 20º da LAV. A situação de fato ou de direito existente se mantém inalterada até que o processo chegue ao seu fim. Isto é, asseguram ao requerente a manutenção da sua titularidade, o gozo de um bem ou exercício de um direito que está prestes a sofrer um dano ou prejuízo. Nesse caso, previnem a ocorrência ou continuação de danos graves e irreparáveis ou difícil reparação no direito do seu titular. Ou seja, visam manter a situação de fato anterior no qual o objetivo é evitar alguma alteração que poria em causa a decisão final. A utilidade dessas medidas se verifica no fato de anularem ou minimizarem o risco de ser posteriormente impossível proceder à execução de uma sentença favorável por ter havido

⁸⁶ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Arbitragem, Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, op. cit., pág.233; sobre a questão da arbitragem de controvérsia e de objeto de litígio que são arbitráveis, ver Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional, A Determinação do Estatuto do Árbitro*, op. Cit., pág.107

⁸⁷ Rita Lynce Faria, *A Função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, op. cit., pág.199

a alteração da situação de fato.

Por sua vez, as medidas antecipatórias são aquelas que antecipam os efeitos jurídicos da decisão definitiva bem como a realização do direito. Estão associadas à situação de urgência tendo como objetivo a prevenção de um dano que poderia surgir por causa da demora na obtenção de uma decisão definitiva. São medidas que garantem um direito, regulam provisoriamente uma situação jurídica ou antecipam um efeito jurídico como é o caso da alínea c) do artigo 20.º da LAV. Nessa tutela há um maior risco de injustiça porque os efeitos são irreversíveis. O requerente da providência cautelar pode gozar de um direito que na verdade não lhe assiste. Por isso, exige-se nesse tipo de tutela maior ponderação e cautela por parte do julgador quando decide decretar esse tipo de medida.

Dizendo por outras palavras, enquanto a utilidade das medidas conservatórias verifica-se pelo fato de anularem ou minimizarem *o risco de ser posteriormente impossível proceder à execução de uma sentença favorável, por causa da alteração da situação de fato*, a utilidade das medidas antecipatórias assenta no fato de anularem ou minimizarem *os prejuízos que decorrem por si só da demora ou retardamento da sentença, antecipando provisoriamente a satisfação do direito*⁸⁸.

Na tutela de urgência há identidade entre o mérito da tutela cautelar e o mérito da tutela definitiva. Tanto as partes como o objeto processual são os mesmos. Há uma antecipação do conteúdo e efeitos da procedência ou improcedência do pedido. Isso acontece quando se subsume os mesmos fatos às mesmas previsões normativas que visam produzir os mesmos efeitos jurídicos antes do tempo normal por causa da urgência em se precaver do dano. Embora essa antecipação seja meramente provisória. Estamos perante a tutela conservatória quando não há identidade do mérito cautelar e o mérito da ação principal. Não há uma substituição da tutela cautelar pela tutela definitiva, nem uma duplicação da lide.⁸⁹

⁸⁸ Isabel Fonseca, *Estudos de Homenagem ao Professor Jorge Miranda, Direito Civil e Direito Processual Civil*, “Providência Cautelar Conservatória e a Providência Cautelar Antecipatória: a distinção faz toda a diferença”, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol.VI, Coimbra Editora, 2012, pág.518 ss.

⁸⁹ Rui Pinto, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar – A Obrigação Genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, 2009

3. Os requisitos do decretamento de medidas cautelares: *fumus bonis iuris* e *periculum in mora*

O artigo 21.º da LAV estabelece os requisitos para a concessão das providências cautelares: o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Esses requisitos aplicam-se especialmente às providências cautelares reguladas nas alíneas a) à c) do n.º 2 do artigo 20.º. A terminologia que se usa na arbitragem voluntária é a mesma que se usa no código processo civil por ser mais familiar aos juristas portugueses, sendo que o art. 21.º tem uma reprodução próxima ao do art. 368.º do CPC. Ao consagrar essa opção o legislador afastou-se tanto do art. 17.º da Lei Modelo, como do 362.º do CPC, de onde é mais evidente o pressuposto do *periculum in mora*⁹⁰.

Com o *fumus bonis iuris* o julgador faz um juízo para apurar se há aparência do direito ou a probabilidade da existência do direito invocado. Assim, o requerente tem de provar sumariamente que a situação jurídica alegada é provável ou verosímil (é um meio termo entre a certeza e incerteza, não se exige que o requerente prove o direito que alega ter na ação cautelar, apenas que mostre os indícios da existência desse direito e que o mesmo corre o risco de ser lesado) deixando para a ação definitiva a confirmação da probabilidade.

Só é admissível o decretamento de uma providência cautelar desde que seja provável a existência de um determinado direito do requerente que careça de tutela urgente⁹¹. Portanto não se exige que o direito exista efetivamente. Nesse caso, o julgador faz um juízo de prognose apoiado em simples critérios próprios do *homo prudens*, em presunções naturais ou de experiência com base nos fatos que foram sumariamente alegados pelo requerido.

Contudo, apesar desses conceitos (verosimilhança, aparência e probabilidade) serem apresentados pela doutrina e jurisprudência como a forma mais plausível de entender o requisito anteriormente citado, os mesmos não são isentos de críticas. Uma parte da doutrina considera que são conceitos mais de ordem psicológica ou empírica do que jurídica⁹². O acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 12/01/2012⁹³ é um dos

⁹⁰ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Arbitragem, Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, op. Cit., pág. 235

⁹¹ Marco Carvalho Gonçalves, *Providências cautelares*, op. cit., pág. 181

⁹² Isabel Celeste M. Fonseca, *Introdução ao Estudo Sistemático da Tutela Cautelar no Processo Administrativo*, op. cit., pág. 54

⁹³ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 12 de janeiro de 2012 (processo 0857/11) disponível em www.dgsi.pt

exemplos de que o tribunal forma a sua convicção com base no juízo de verosimilhança e a verificação da aparência do direito. Na linha desse acórdão, o *fumus bonis iuris*, tem uma formulação positiva e uma formulação negativa. Na formulação positiva o julgador acredita na probabilidade de êxito do recurso final, enquanto que na formulação negativa é suficiente que esse recurso não pareça “à primeira vista” desprovido de fundamento.

Na tutela antecipatória, se tem vindo a defender um *fumus bonis iuris* mais qualificado porque nessa forma de tutela, há uma antecipação da decisão final. Nesse caso, há um risco maior de se causar danos à esfera jurídica do requerido. Pois, com esse tipo de tutela, os efeitos da decisão definitiva são antecipados de uma forma provisória para combater a futura infrutuosidade da sentença e salvaguardar o direito de que o titular invoca na ação cautelar.

Em segundo lugar, temos o requisito de *periculum in mora* que significa a causa ou condição que dá origem às providências cautelares, sendo um elemento constitutivo da própria providência. Com esse requisito o requerente deve mostrar que há um receio suficientemente fundado da lesão do seu direito que pode advir pela demora do processo arbitral. O tempo normal do processo principal costuma ser moroso e é devido a essa lentidão que surge uma necessidade de acautelar o direito do requerente por causa de um perigo que não pode ser evitado com a decisão definitiva.

De acordo com a jurisprudência (Ac. do Tribunal de Relação de Lisboa de 15/03/2018)⁹⁴, o receio exigido, não deve ser um receio qualquer, tem de se fundamentar num juízo de realidade, tem de ser um receio fundado⁹⁵. Segundo o tribunal “não foi apresentada base factual suficiente, que comprove a ocorrência de prejuízos reais, certos e concretos, assim sendo, a dedução de um pedido cautelar com os termos e contornos vagos, imprecisos, genéricos e abstratos como aqueles que constituem objeto de análise nos autos, não pode deixar de conduzir à rejeição e improcedência da pretensão”. O autor

⁹⁴ Nesse caso intentou-se uma providência cautelar contra o Sporting Clube de Portugal, Sporting Clube de Portugal – Futebol, S.A.D. e BC, na sequência do impedimento de entrada dos jornalistas do Jornal “Correio da Manhã” e do serviço de programas “CMTV” no Estádio José de Alvalade. “o Tribunal “a quo” proferiu sentença pela qual julgou improcedente a providência cautelar, por entender que os pressupostos da providência cautelar não se encontram verificados. Analisou-se se estavam previstos os pressupostos de decretamento de uma providência cautelar, bem como a competência do tribunal arbitral. “Tais pedidos traduzem-se na pretensão definitiva de satisfação dos direitos ou interesses dos requerentes, e não na salvaguarda provisória desses, o que contraria a finalidade dos procedimentos cautelares, falhando assim os requisitos de instrumentalidade e provisoriedade próprios da tutela cautelar que impedem que o tribunal antecipe os efeitos da decisão principal em termos tais que essa antecipação seja irreversível e definitiva para o futuro”. Ac. do Tribunal de Relação de Lisboa de 15/03/2018 (processo 23267/17.0T8LSB.L1-6), relator: Ana Cristina, disponível em www.dgsi.com

⁹⁵ L.P. Moitinho de Almeida, *Providências Cautelares não Especificadas*, Coimbra Editora, 1981, pág.22; No sentido contrário, J. Alberto dos Reis, *A figura do processo cautelar*, Lisboa, 1947, pág. 35-36

Luís Moitinho de Almeida expõe o entendimento da jurisprudência, nesse sentido “*não basta um juízo de probabilidade, é necessário um juízo de realidade ou de certeza ou, pelo menos, um receio fundado, não bastando, por isso, qualquer simples receio, que pode corresponder a um estado de espírito que derivou de uma apreciação ligeira da realidade, num exame precipitado das circunstâncias*”⁹⁶.

Alguns autores têm a opinião contrária, defendendo que, a emissão de providências cautelares é feita com base no juízo de probabilidade ou verosimilhança, tanto no primeiro requisito como no segundo requisito. Na opinião do autor José Alberto dos Reis, a jurisprudência exagera quando afirma que para o apuramento do 1º requisito é suficiente o juízo de probabilidade, mas que para a determinação do 2º é necessário um juízo de certeza. Segundo o autor, apesar de não ser suficiente que o receio seja vago e inconsistente também não é necessário que seja justo, fundado em fatos e indícios seguros. Isto é, deve haver indícios suficientes que levem o julgador a verificar que possivelmente ocorrerá um dano, mas não é preciso que tenha certeza sobre a sua verificação efetiva.

Na linha da jurisprudência citada anteriormente, as providências cautelares devem ser emitidas quando os fatos invocados pelo requerente se baseiem num fundado receio de que será impossível restituir o direito do autor posteriormente, com a procedência da sentença final, por essa chegar demasiado tarde para acautelar a situação do requerente. As providências cautelares visam neutralizar o dano que pode ocorrer na esfera jurídica do requerente, nesse caso, têm uma função preventiva, antecipando-se ao dano.

Não tem fundamento requerer uma providência cautelar quando já houve a verificação ou consumação do dano. Nos casos em que a lesão já se verificou deve-se intentar uma ação definitiva. A medida cautelar só protege as situações em que há uma iminência de ocorrência da lesão. Deve haver indícios de que a lesão pode ocorrer a qualquer momento, isto é, o receio da lesão deve ser atual⁹⁷. Ressalve-se que nem todo o dano é juridicamente acautelado, tratando-se apenas, daqueles danos graves e irreparáveis, ou de danos dificilmente reparáveis. Atente-se que esses requisitos são cumulativos, sendo que não basta uma lesão grave, se facilmente reparável, nem uma lesão sem gravidade, embora dificilmente reparável.

A gravidade traduz-se no valor económico e tem “alguma” dimensão económica.

⁹⁶ L.P. Moitinho de Almeida, *Providências Cautelares não Especificadas*, Coimbra Editora, 1981, pág.22

⁹⁷ Rita Lynce Faria, *A função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, op. cit., pág.56

A dificuldade maior prende-se com a questão de saber o que significa um dano dificilmente reparável. A jurisprudência portuguesa indica dois requisitos que nos ajudam a compreender esses conceitos indeterminados: um requisito subjetivo e outro objetivo.

O primeiro atende às possibilidades concretas do requerido para suportar economicamente uma eventual reparação do direito do requerente. Enquanto o segundo critério, deve ser aferido em função do tipo de lesão que o perigo pode vir a provocar na esfera jurídica do requerente, o que significa que dependerá da natureza do direito alvo dessa lesão e da sanção que a ordem jurídica impõe para reparação do dano decorrente da lesão, sendo admissível o recurso a tutela cautelar, sempre que a reparação da lesão possa implicar a chamada reintegração por sucedâneo (nesse caso a sanção pode ser natural quando é possível manter o lesado na mesma situação em que se encontraria se a lesão não se tivesse verificado; ou compensatória quando se consubstancia na obrigação de pagamento de uma indemnização, isto é, simples reparação)⁹⁸.

Pode-se definir como tipo de lesão dificilmente reparável ou irreparável (refere-se à qualidade daquilo que não é reparável de modo adequado) quando esteja em causa a reparação da lesão em forma específica ou em natura, em que não é possível recorrer à medida cautelar para afastar o risco da sua lesão. Também não é possível nos casos em que a indemnização não compensa totalmente a lesão, como no caso de danos não patrimoniais, ou nos casos em que o comportamento do requerido tem consequências nefastas no direito do requerente, de tal modo que a situação se torne irreversível.

Ou seja, a não-reparabilidade pode surgir de 3 situações: da não convertibilidade, da não-retroatividade ou da inexecutabilidade prática de qualquer decisão final compensatória⁹⁹. Concluindo, a nossa doutrina adota uma noção ampla de conceito de dificilmente reparável com intuito de abarcar aquela lesão que possa vir a ser compensada posteriormente¹⁰⁰.

Para entendermos melhor o conceito do dano dificilmente reparável ou irreparável o autor Proto Pisani salienta a existência de três doutrinas distintas: as teses adotada por Satta, só os direitos absolutos são suscetíveis de sofrer, em caso de violação ou ameaça de violação, um dano irreparável; por sua vez, para Montesano está-se na presença de um prejuízo irreparável quando, face à demora na tutela do seu direito, o requerente não possa

⁹⁸ Marco Carvalho Gonçalves, *Providências cautelares*, op. Cit., pág. 244

Ver Castro de Mendes, *Introdução ao Estudo de Direito*, 2ª edição, Lisboa, 1994, pág.64 – 66; ver o artigo 566.º do CC

⁹⁹ Ver António Menezes Cordeiro, *Tratado de Arbitragem, Comentário à Lei 63/2011*, op. cit, pág.

¹⁰⁰ Rita Lynce Faria, *A função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, op. cit., pág.60 – 64

servir-se de um remédio suficientemente eficaz contra a situação de inferioridade que para ele resulta do dano ameaçado; por último, segundo a tese de Andrioli, o dano é irreparável quando não seja suscetível de reintegração específica, nem seja reparável.

Para o autor, a irreparabilidade deve ser analisada sobre o prisma da pessoa titular de um direito e não sobre um determinado direito. Por conseguinte, não configura um prejuízo irreparável a violação ou ameaça de violação de um direito com uma função patrimonial, exceto quando esteja em causa uma situação de perigo de insolvência. Em contrapartida, já poderá ser qualificada como prejuízo irreparável aquele que resulta da violação ou da ameaça da violação de um direito de conteúdo e função não patrimoniais, bem como resultante da violação ou da ameaça de violação de um direito com conteúdo patrimonial, mas com uma função não patrimonial¹⁰¹.

Para além destes dois requisitos da admissibilidade de providência cautelar arbitral, o artigo 21.º, n.º 1 b) institui que o prejuízo resultante para o requerido não deve exceder “*consideravelmente*” o dano que com ela o requerente pretende evitar. Deste preceito retira-se que o árbitro deve avaliar se a medida cautelar implica um prejuízo excessivo na esfera jurídica da contraparte.

Neste normativo está consagrado o princípio constitucional da proibição do excesso que está relacionado com o princípio da proporcionalidade, é preciso que haja uma ponderação entre o dano que a medida pretende evitar e o dano que a mesma causará se for decretada. Essa ponderação deve avaliada em casos concretos, respeitando os critérios de razoabilidade e de normalidade¹⁰². Se se verificar que a medida cautelar causará um prejuízo consideravelmente excessivo em relação ao dano que o requerido pretende evitar, a mesma não poderá ser proferida. Mas, desde que a medida cautelar se apresente como justa e adequada, deve ser decretada. Obviamente, o princípio de proporcionalidade não deve ser utilizado pelo julgador para bloquear pedidos evidentes.

Esse princípio está previsto na constituição da república portuguesa e resulta da própria ideia de Estado de Direito, por isso, mesmo se não estivesse previsto nessa norma, os árbitros deveriam decidir com o respeito pelo mesmo porque está implícito em toda a ordem jurídica¹⁰³. Esse preceito impõe, ainda, um controlo na atuação dos árbitros, na medida em que os mesmos devem agir de forma a garantir que as suas decisões sejam

¹⁰¹ Rita Lynce Faria, *A função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, op. cit., pág. 60–64

¹⁰² Ver António Menezes Cordeiro, *Tratado de Arbitragem, Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, op. cit., pág.

¹⁰³ Jorge Reis Novais, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., pág. 161

justas, adequadas, razoáveis e assim sendo, proporcionais. Os requisitos mencionados devem ser respeitados cumulativamente.

Quanto à providência cautelar de preservação dos meios das provas, o legislador esclarece que só é aplicável esses requisitos na situação em que o Tribunal Arbitral considerar mais adequada, deste modo, diante dessas providências, cabe ao árbitro averiguar se é necessário exigir ao requerente o preenchimento dos requisitos supracitados (art.21.º, nº3).

4. As principais características da tutela cautelar

4.1. Instrumentalidade

A instrumentalidade é a característica mais importante da tutela cautelar. Há uma relação de dependência da tutela cautelar em relação ao processo ordinário, e é essa relação a doutrina dá o nome de instrumentalidade, isto quer dizer que a tutela cautelar está ao serviço da tutela definitiva. Toda a sua razão de ser e atuar visam prevenir danos ou prejuízos que afetem o objeto da cognição plena.

O processo cautelar é assim, instrumental na sua função e na sua estrutura. A tutela definitiva não pressupõe a existência do procedimento cautelar, existe e funciona sem o mesmo. No entanto, não se pode fazer essa afirmação quanto ao procedimento cautelar, porque o mesmo, pressupõe sempre a existência da tutela definitiva¹⁰⁴.

Nessa medida, a tutela cautelar não constitui um fim em si mesmo¹⁰⁵, mas nasce provisoriamente com o objetivo de assegurar a eficácia da tutela definitiva. É um instrumento da ação principal. Constitui um meio para garantir a utilidade da sentença final. Por isso o procedimento cautelar só dura até o proferimento da decisão final, tendo assim, uma existência precária. Depois da sentença final ser proferida, a providência cautelar deixa de ter fundamento ou justificação, porque o seu propósito já foi cumprido, caso em que a sentença final seja favorável ao requerente.

Dessa característica estabelece-se uma relação com outras características da providência cautelar, como é o caso da provisoriedade e dependência, tendo como consequência a proteção da tutela do requerido que não pode suportar de uma forma

¹⁰⁴ Rita Lynce Faria, *A função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, cit., pág. 33-35

¹⁰⁵ J. Alberto dos Reis, *A Figura do Processo Cautelar*, op. cit., pág. 13-14

permanente e definitiva a ingerência de uma providência cautelar na sua esfera jurídica.

A doutrina classifica essa “instrumentalidade” de “instrumentalidade qualificada”¹⁰⁶ porque verifica-se um instrumento do instrumento ou uma garantia da garantia. Utiliza-se essa expressão para referir-se ao fato do direito processual ser um direito adjetivo¹⁰⁷, configurando assim como um instrumento do direito substancial. Por sua vez, o procedimento cautelar é um instrumento do direito processual. No plano imediato, a tutela cautelar está dependente do direito processual, mas pode dizer-se que, no plano mediato encontra-se ao serviço do direito substantivo. O procedimento cautelar cumpre assim uma função dupla, é instrumental em relação ao direito processual e instrumental perante o direito substantivo.

A instrumentalidade também é qualificada como uma instrumentalidade hipotética¹⁰⁸. Essa qualificação é determinada pelo fato da medida cautelar se fundamentar no juízo de probabilidade em que está assente o direito, que é protegido antecipadamente, e que é o objeto do processo principal¹⁰⁹. No decretamento da providência cautelar não se exige ao requerente que apresente provas concretas do seu direito. Apenas se exige ao mesmo que mostre se há uma forte probabilidade da existência do seu direito, e é com base nessa avaliação que o juiz cautelar vai determinar a procedência ou improcedência da medida cautelar.

Certamente, o juiz deve efetuar uma análise de prognose sobre o futuro reconhecimento do direito do requerente e só conceder favoravelmente o pedido do procedimento cautelar se constatar que a ação definitiva vai ser favorável ao requerente. Portanto, a medida cautelar é emitida na pressuposição da hipótese de que vai ser favorável ao autor na decisão definitiva.

4.2. Provisoriedade

A decisão cautelar é sempre provisória na medida em que não é apta a declarar a existência de direito, destinando-se apenas a regular provisoriamente de um direito ou a manter uma situação de fato por um período determinado. A sua existência é limitada

¹⁰⁶ Rita Lynce Faria, *A função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, op. cit., pág. 35

¹⁰⁷ Jorge Augusto Pais de Amaral, *Direito Processual Civil*, 13ª edição, Almedina, 2017, pág. 31

¹⁰⁸ Manuel A. Domingues de Andrade, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, 1979, pág. 8-9

¹⁰⁹ Isabel Celeste M. Fonseca, *Introdução ao Estudo Sistemático da Tutela Cautelar no Processo Administrativo*, op. cit., pág.88

num espaço de tempo, em que há lugar, a regulação de uma situação provisória até o proferimento da decisão definitiva, que vai pôr termo ao litígio que decidirá sobre a procedência ou improcedência do litígio. Além disso, a situação que é regulada provisoriamente também pode caducar caso ocorra algum acontecimento que deixe de justificar a sua existência.

Com isto pretende-se dizer que, a medida cautelar tem uma duração limitada no tempo, por essa razão está impossibilitada de resolver o litígio de uma forma definitiva¹¹⁰. Está intrinsecamente ligada à qualidade da decisão que é proferida, tendo por base o juízo de probabilidade. O juiz forma a sua convicção através da mera aparência do direito e a prova que é apresentada nesta fase, não é uma prova concreta, não permite ao árbitro ter um conhecimento profundo sobre a veracidade dos fatos apresentados pelo requerente.

Note-se, a provisoriedade compreende o conceito de temporalidade, mas não se esgota nele. O segundo conceito só se refere à duração limitada no tempo, independentemente de existir ou não outro evento, enquanto na provisoriedade acresce o fato de a limitação no tempo estar dependente de um evento sucessivo, isto é, da ocorrência da tutela definitiva¹¹¹. O início da produção dos efeitos pela tutela definitiva origina a cessação dos efeitos da tutela cautelar.

A autora Rita Lynce de Faria afirma que a eficácia da tutela cautelar está sujeita ao termo final e não à condição resolutiva porque a sentença final produz sempre a ineficácia da providência cautelar, independentemente do seu conteúdo. Sabe-se desde o início que a providência cautelar cessará, apenas não se sabendo em que momento esse fato irá ocorrer.

Neste ponto, é necessário frisar o que dissemos anteriormente, a provisoriedade é um corolário da instrumentalidade, isto porque, a decisão cautelar só é provisória na medida em que se identifica com o objetivo que cumpre. Ou seja, apenas existe durante o tempo em que cumpre a sua função, que é assegurar a utilidade da futura sentença da ação principal. Depois do proferimento da sentença final, a tutela cautelar deixa de produzir os seus efeitos, uma vez que, já cumpriu a sua função.

No entanto, a mesma autora afirma na sua obra, que do ponto de vista material, a decisão que põe termo ao procedimento cautelar é uma decisão que assume a natureza

¹¹⁰ Rita Lynce Faria, *A Função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, cit., pp. 125

¹¹¹ Rita Lynce Faria, *A Função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, cit., pp. 125...A autora utiliza o termo providência definitiva para designar a ação definitiva

judicial, sendo qualificada como uma verdadeira sentença¹¹². Como consequência disso, pode-se afirmar que essa decisão produz o efeito de caso julgado. Neste seguimento, a decisão cautelar pode formar caso julgado relativamente ao mesmo ou outro procedimento cautelar, ficando limitada apenas a aquele período que pretende regular determinada situação. Assim sendo, a decisão cautelar pode adquirir força obrigatória dentro e fora do processo, mas essa força de caso julgado apenas se opera na dependência da mesma ação.

A modificação da decisão cautelar, com fundamento na alteração das circunstâncias supervenientes em que aquela se fundou, não é incompatível com a figura de caso julgado. Isto porque, a sua natureza instrumental torna essa força compatível com alteração das circunstâncias supervenientes, por causa dos limites dos casos julgados. Apesar de transitada em julgado, a decisão cautelar apenas se deve manter *rebus stantibus*¹¹³.

Acompanhamos a autora Isabel Fonseca quando afirma que o conceito de provisoriedade gera a incapacidade para formar caso julgado, o mesmo resulta dos efeitos produzidos por uma decisão judicial, e o procedimento cautelar não é uma decisão judicial. Nisso justifica-se o fato de a medida cautelar possuir uma natureza instrumental e estar condicionada à duração de eficácia da decisão¹¹⁴. Além disso, decorre do art.24.º da LAV que as decisões do decretamento da providência cautelar ou da emissão da ordem preliminar não formam caso julgado, por isso, podem ser modificadas, suspensas e revogadas¹¹⁵.

4.3. Sumariedade ou summaria cognitio

A tutela cautelar é uma das formas de salvaguardar uma situação de urgência. Garante que a sentença principal não perca a sua eficácia através da regulação provisória de uma situação que se configuraria num dano ou prejuízo irreparável ou de difícil reparação caso não houvesse essa solução. Como vimos, o principal problema que afeta o proferimento de uma decisão está relacionado com o fator tempo. É preciso tempo para

¹¹² Nas palavras dessa autora, a sentença além de ser o ato pelo qual o juiz decide a causa principal, é também qualquer incidente que apresente a estrutura de uma causa. Afirma que é isso que acontece com o procedimento cautelar.

¹¹³ Rita Lynce Faria, *A Função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, op. cit., pág. 153

¹¹⁴ Isabel Celeste M. Fonseca, *Introdução ao Estudo Sistemático da Tutela Cautelar no Processo Administrativo*, op. cit., pág. 96

¹¹⁵ Dário Moura Vicente, *Lei de arbitragem Voluntária Anotada*, op. cit., pág. 90

que se decrete uma decisão de forma ponderada, mas muitas vezes, o tempo representa um verdadeiro *periculum in mora*, acarretando a ineficácia da decisão final.

No sentido de colmatar esse problema, o legislador adotou o procedimento cautelar de alguns instrumentos que lhe permitem celeridade, é nesse contexto que surge sumariedade que significa característica de um processo abreviado, simplificado e rápido em relação ao processo de cognição plena. O processo cautelar tem de ser sumário porque é um processo urgente. Além disso, funciona ao serviço de economia processual¹¹⁶. Com o objetivo de colmatar o *periculum in mora*, exige-se do julgador, que analise os fatos de forma abreviada tendo como assente a mera aparência do direito¹¹⁷. Nessa análise o julgador avalia de acordo com dois mecanismos: mecanismos relativos à marcha do processo que visam torná-lo mais simples e mais rápido, e mecanismos que visam acelerar a apreciação pelo juiz da matéria de fato e de direito.

A doutrina designa assim, a natureza sumária do procedimento e a natureza sumária do conhecimento. O juiz aprecia o *periculum in mora* e averigua a aparência do direito através da matéria do fato (resulta da avaliação dos diversos meios de prova e da sua suficiência, ou não, para a demonstração da realidade dos fatos alegados pelas partes) e de direito (traduz a aplicação das normas jurídicas aos fatos considerados provados)¹¹⁸. No procedimento cautelar, essa apreciação da matéria do fato e de direito é breve, menos completa, ou seja, é feita de uma forma sumária. É suficiente a demonstração da probabilidade séria da existência do direito ou mera verosimilhança, o requerente tem de convencer ao juiz de que a situação que lhe levou a pedir a medida cautelar é mais provável, ou mais próxima da realidade do que o contrário.

O conceito de probabilidade é um conceito indeterminado, subjetivo, por isso, só diante de cada caso é que se torna possível delimitar o grau de probabilidade exigível ou adequado para a demonstração dos fatos. O grau de probabilidade deverá ser proporcional à gravidade das consequências que a providência cautelar pretendida possa causar na esfera jurídica do requerido, bem como à impossibilidade de reparação de danos produzidos¹¹⁹.

O juiz também é obrigado a fazer uma avaliação de direito, e nessa avaliação,

¹¹⁶ Rita Lynce Faria, *A Função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, op. cit., pág.50

¹¹⁷ Rita Lynce Faria, *A Função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, op. cit., pág.54

¹¹⁸ Rita Lynce Faria, *A Função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, op. cit.,172

¹¹⁹ Rita Lynce Faria, *A Função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada*, cit., pp. 172-175

deverá formular um juízo de prognose sobre a sentença da futura ação principal, para verificar se foram tornados verosímeis todos os fatos constitutivos do direito do requerente. Apenas através da operação de subsunção dos fatos às normas se poderá concluir pela existência do direito do requerente.

Também em relação ao pressuposto de *periculum in mora* se exige a mera justificação para a demonstração dos respetivos fatos constitutivos. Esta posição não é unanime, há quem defenda¹²⁰, que quanto ao *periculum in mora*, é necessário um juízo de realidade ou certeza não sendo suficiente a mera probabilidade, o fundamento para isto é a exigência legal de que o receio de lesão se mostre “suficientemente fundado”.

A autora Rita Lynce de Faria¹²¹ defende que a exigência legal não é incompatível com a suficiência da mera justificação do *periculum in mora*. O fato de o *periculum in mora* ser apreciado apenas no âmbito do procedimento cautelar, não ocorrendo na ação definitiva determina que o grau de probabilidade ou verosimilhança seja mais forte, aproximando-se mais da certeza, mas isso não significa que se tenha de fazer prova concreta para mostrar os respetivos fatos constitutivos.

5. As medidas cautelares arbitrais e o regime das ordens preliminares

O legislador consagrou uma exceção ao princípio do contraditório através da adoção do regime da ordem preliminar¹²². É uma medida que está prevista no artigo 22.º da Lav. Essa medida foi consagrada pela alteração da Lei Modelo de 2006. O procedimento da sua emissão está disposto no art.17.ºC da Lei Modelo. Esse instituto recebeu muitas críticas por parte de instituições arbitrais e boa parte da doutrina, por ser incompatível com a natureza consensual da arbitragem e com a relevância do princípio do contraditório no processo arbitral. A maioria dessas críticas foram afastadas porque a ordem preliminar está dependente de uma providência cautelar no qual o procedimento respeita o princípio do contraditório e pelo fato dessa decisão ser “transitória e precária”, com um prazo de caducidade curto.

1. A lei de arbitragem não define as ordens preliminares como acontece com as providências cautelares, apenas determina a sua finalidade: garantir o efeito útil das providências cautelares para que as mesmas não sejam frustradas. Essa medida é decidida

¹²⁰ Anselmo de Castro, Direito Processual Civil Declaratório, VOL.I, pág. 240

¹²¹ Rita Lynce Faria, A Função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada, Universidade Católica Editora, 2003, pág.184

¹²² Armindo Ribeiro Mendes, Dário Moura Vicente, Lei de Arbitragem Voluntária Anotada, cit., pág.84

pelo tribunal sem audiência do requerido. Tem como objetivo evitar que a medida cautelar seja frustrada caso a outra parte saiba do pedido do decretamento da mesma e serve para manter a situação existente até o decretamento da providência cautelar sem que haja alteração ou modificação da mesma. “Nada mais do que a preservação do *status quo* pode ser obtida com a ordem preliminar”¹²³. Pelo fato desse instrumento ter sido muito criticado, o legislador estabeleceu regras mais apertadas para a adoção de uma ordem preliminar.

2. A ordem preliminar constitui parte integrante da providência cautelar. Assim sendo, a ordem preliminar é uma medida instrumental que está dependente da providência cautelar e só deve ser emitida caso o tribunal verifique que há um risco de frustração da mesma. A lei remete-nos para os requisitos do artigo 21º, os mesmos que são utilizados para a medida cautelar (artigo 22 nº3). Uma ordem só pode ser emitida pelo tribunal se respeitar aqueles requisitos. Os requisitos da providência cautelar são aplicáveis à ordem preliminar (alínea a) a c) do nº2 do art.21). Segundo o art.17.ºB da Lei Modelo, o dano a que se refere a alínea b) do art.21.º da LAV, é o que pode surgir da emissão ou não da ordem preliminar.

3. Imediatamente após a apreciação da ordem preliminar, quer ela seja emitida ou não, deve o tribunal notificar todas as partes do processo, de todos os atos que foram praticados e os existentes relativamente à providência cautelar e à medida cautelar. Caso a ordem preliminar tenha sido decidida, deve-se informar às partes sobre a mesma, bem como, todas as restantes comunicações (orais e escritas) que tiverem existido entre o tribunal e o requerente da providência cautelar e da ordem preliminar.

Ressalve-se a frase “imediatamente após a apreciação da ordem preliminar”, significa no nosso entendimento, de que logo depois de o tribunal arbitral ter decidido sobre a ordem cautelar, deve notificar e informar à todas as partes interessadas no processo, por norma o requerido, de tudo que decorreu e decorre no processo. Com esta regra, o legislador pretende salvaguardar o contraditório e garantir o princípio da ampla defesa. Portanto, há um dever de informação que recai sobre todas as informações e todas as diligências que foram feitas durante o processo arbitral¹²⁴.

¹²³ Manuel Pereira Barrocas, *Lei de Arbitragem Comentada*, op. Cit., pág.100

¹²⁴ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Arbitragem*, op. Cit., pág.240

4. Deve ser dado um prazo ao requerido para que apresente a sua posição, esse prazo deve ser o mais curto e praticável, é fixado pelo tribunal. Pressupõe-se que o requerente já estava informado, na medida em que mantinha a comunicação com o tribunal. Isso deve ser feito antes da procedência da providência cautelar. Só depois da notificação e da audição do requerido é que pode haver o decretamento da providência cautelar pelo tribunal arbitral. As partes devem proceder ao pedido da ordem preliminar ao mesmo tempo que pedem uma providência cautelar (há um princípio de simultaneidade entre o decretamento de providência cautelar e a emissão de uma ordem). Tal como na providência cautelar, as partes podem estabelecer um acordo de exclusão da ordem preliminar se assim quiserem.

A ordem preliminar caduca 20 dias após a data em que tenha sido emitida pelo tribunal arbitral. Alguns autores, como Manuel Pereira Barrocas, não entende a razão desse prazo começar a contar a partir da data da emissão da medida, antes da notificação ao requerido. Se a ordem é dirigida ao requerido para que o mesmo se comporte de uma forma ou se abstenha de certos comportamentos, não faz sentido que o mesmo comece a contar antes do conhecimento da ordem por parte do requerido.

Ao nosso ver, a contagem do prazo da forma como está consagrado não é praticável porque a contraparte desconhece totalmente a existência da ordem preliminar, bem como o seu conteúdo. Nós acompanhámos a solução daquele autor no que se refere a esse assunto. A contagem do assinalado prazo de 20 dias se inicia na data da notificação da ordem preliminar à parte requerida e não na data da sua emissão¹²⁵. Por fim, o regime arbitral consagra que a ordem preliminar é de cumprimento obrigatório para as partes. Caso não haja cumprimento da ordem pela parte requerida, o tribunal arbitral fica adstrito de adotar uma providência cautelar oficiosa com conteúdo idêntico ou modificado da ordem preliminar. Fixa-se um determinado prazo para o requerido tomar posição sobre o conteúdo da ordem e justificar o incumprimento da mesma.

Apesar de a ordem preliminar ter um carácter obrigatório, ela não é passível de execução coerciva pelo tribunal (artigo 23.ºnº5), por isso, não são consideradas sentenças arbitrais. São apenas decisões processuais. Parece-nos que a razão que fundamenta esta falta de coercibilidade, prende-se com a natureza do regime da ordem preliminar que é emitida sem contraditório prévio do requerido, situação que pode se configurar como um fator de ingerência na esfera jurídica do requerido e aumentar o risco de ser decretada

¹²⁵ Manuel Pereira Barrocas, *Lei de Arbitragem Comentada*, op. cit., pág.103

uma providência cautelar injustificada¹²⁶. Assim, como mecanismo de proteger a tutela da contraparte e evitar prejuízos desmesurados ao mesmo, impôs-se esse limite na ordem preliminar. Por outro lado, como a ordem preliminar é uma parte integrante da providência cautelar que simplesmente visa salvaguardar a finalidade daquela não fazia sentido que também ela fosse executada, uma vez que, a providência cautelar já é passível de execução cautelar pelo tribunal estadual. A solução contrária não salvaguardaria o princípio do processo simplificado e célere que enforma o sistema arbitral¹²⁷.

6. Modificação, revogação e suspensão de providências cautelares arbitrais e ordens preliminares

A providência cautelar e a ordem preliminar podem ser livremente modificadas, alteradas e suspensas pelo tribunal arbitral. Esta regra está consagrada no art.24 da LAV e tem a sua origem nos artigos 17.ºD e 17.ºE da Lei Modelo. O tribunal arbitral pode usar esses expedientes a pedido de uma das partes (por regra é do interesse da parte afetada pela medida), ou a título oficioso, em situações excepcionais, depois da audição das partes¹²⁸. Além disso, esse tribunal só pode modificar, suspender e revogar medidas decretadas por si. Isto é, o tribunal arbitral não pode alterar medidas cautelares decretadas pelo tribunal judicial, da mesma forma que este tribunal não pode modificar, revogar e suspender medidas decretadas por aquele. Essa proibição deriva da independência e autonomia das duas jurisdições¹²⁹.

De acordo com o artigo 4ºnº1 “a convenção de arbitragem só pode sofrer modificação pelas partes até aceitação do primeiro árbitro”. Depois desse momento só podem introduzir alguma alteração, caso haja o acordo de todos os árbitros. Para além da norma citada, temos o artigo 30.ºnº2 que regula as regras do processo arbitral. Com isso, determina-se que a liberdade de conformação das partes está limitada até aceitação do primeiro árbitro. Entende-se perfeitamente a razão do legislador ter consagrado esse limite.

É através da convenção de arbitragem que os árbitros formam a sua decisão de

¹²⁶ Marco Filipe Carvalho Gonçalves, *Providências cautelares Injustificadas e Responsabilidade do Requerente*, Universidade do Minho, 2013, pág. 518

¹²⁷ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Arbitragem*, op. Cit., pág. Pág.244

¹²⁸ Armindo Ribeiro Mendes, Dário Moura Vicente, *Lei de arbitragem Voluntária Anotada*, op. cit., pág.90

¹²⁹ Armindo Ribeiro Mendes, Dário Moura Vicente, *Lei de arbitragem Voluntária Anotada*, op. cit., pág.90

aceitar a nomeação. Pois, a convenção de arbitragem é a peça central e fundamental da arbitragem e é nela que os árbitros se baseiam para regular a sua atividade e delimitar a sua competência. Os árbitros antes de aceitarem fazer parte do processo arbitral, devem conhecer o conteúdo da convenção de arbitragem e todas as regras que estão relacionados com ela, por isso, entende-se que a convenção de arbitragem não possa ser alterada a qualquer momento sem consentimento dos mesmos. Essas normas salvaguardam a confiança dos árbitros já nomeados, que tomaram a sua decisão com base numa convenção de arbitragem com certo teor¹³⁰.

No entanto, após a aceitação dos árbitros, a lei determina que pode haver a modificação da convenção de arbitragem até a prolação da sentença arbitral pelas partes desde que haja aceitação de todos os árbitros. Se os árbitros não aceitarem as alterações supervenientes, as mesmas ficam inválidas. É necessário ressaltar que isto acontece no âmbito do artigo 4º e que essa parte da norma é afastada para ser aplicada uma norma específica das providências cautelares respeitante à modificação, suspensão e revogação dessas medidas.

Após a aceitação do primeiro árbitro, o tribunal arbitral pode afastar a sua competência ou suspender uma providência cautelar que tenha sido decretada mediante pedido de uma das partes. Logo, as partes podem afastar o poder do Tribunal arbitral em qualquer momento do processo desde que o Tribunal permita (art.24º). Retira-se do artigo 4.ºnº3 que os acordos a que se referem os números anteriores devem ser reduzidos a escrito. Por isso, concluímos que se houver um acordo de exclusão da competência do tribunal arbitral, o mesmo deve observar a forma escrita¹³¹.

Quando se trata da alteração de uma ordem preliminar, essa decisão deve ser tomada com a maior celeridade, antes de ser proferida a decisão do decretamento da providência cautelar que foi pedida na dependência da ordem preliminar modificada, suspensão ou revogada.

1. De acordo com esse normativo o árbitro pode sujeitar a providência cautelar à prestação de uma caução (constitui uma garantia para a obrigação de indemnizar) com intuito de proteger a parte requerida. Mas, se se tratar de uma ordem preliminar, a prestação de garantia deve ser obrigatória, a menos que seja inadequado ou desnecessário

¹³⁰ Armindo Ribeiro Mendes, Dário Moura Vicente, *Lei de arbitragem Voluntária Anotada*, Almedina, op. cit., pág.20

¹³¹ É essa a conclusão do Pedro Caetano Nunes, *Arbitragem e Medidas Cautelares – Algumas Notas*, op. cit., pág. 102

fazê-lo, art.4.º, n.º 2, 24.º n.ºs 2 e 3 da LAV¹³². Essa diferença de regime explica-se pelo fato de atribuição de uma ordem preliminar pelo árbitro exigir maior ponderação, uma vez que, é decretada sem audição do requerido, sendo mais suscetível de ser decretada uma providência cautelar injustificada. A obrigação de prestar caução pode derivar da lei, da vontade das partes ou de decisão judicial.

O tribunal judicial também tem o poder de determinar que uma das partes preste caução adequada nos casos em que estejam em causa o decretamento de uma providência por si determinada ou quando esteja em causa a execução de uma medida cautelar arbitral. Contudo, esta decisão está dependente de 2 requisitos: que a sua atuação seja necessária para proteger os interesses dos terceiros e que não haja decisão do tribunal arbitral sobre essa matéria¹³³. Também pode substituir a providência decretada por uma caução adequada, a pedido do requerido e sempre que a caução seja suficiente para prevenir a lesão ou repará-la integralmente, para isso é necessário ouvir o requerente¹³⁴.

2. LAV impõe sobre as partes um dever de revelação, no qual as mesmas devem revelar ao tribunal todas as circunstâncias significativas que podem originar a alteração da ordem preliminar e da medida cautelar decretada. Esta regra está disposta no art.25.º da LAV cujo a fonte é o art.17.º da Lei Modelo¹³⁵. Esse dever de revelação também se verifica no âmbito da execução coerciva da medida cautelar (27.º, nº2). Traduz-se numa obrigação legal específica, o seu incumprimento está regulado no art.799.º, nº1. Esse dever é uma manifestação clara do princípio da cooperação e lealdade entre as partes.

7. Breves considerações sobre o regime probatório na arbitragem

O conceito de prova está relacionado com a ideia da descoberta de verdade e visa a demonstração da realidade dos fatos. Além disso, é através das provas que se faz a defesa dos direitos das partes. Os tribunais arbitrais têm o poder de determinar a admissibilidade, a pertinência e o valor de qualquer prova produzida ou a produzir no

¹³² Dário Moura Vicente, *Lei de arbitragem Voluntária Anotada*, op. cit., pág. 91

¹³³ Dário Moura Vicente, *Lei de arbitragem Voluntária Anotada*, op. cit., pág.94

¹³⁴ António Menezes, *Tratado de Arbitragem*, op. Cit., pág. 247

¹³⁵ Dário Moura Vicente, *Lei de arbitragem Voluntária Anotada*, op. cit., pág.91

julgamento (30.º, nº4). Esse artigo tem por base a Lei Modelo (19.º, nº 2, 2ª parte).

A doutrina defende que a LAV atribuiu competência muito ampla aos árbitros nessa matéria, aceitando que os árbitros disponham de uma margem mais lata para apurar a verdade. Apesar disso, devemos sublinhar que isso não significa que os árbitros devem exercer essas funções de forma arbitrária sem respeito pelos princípios de direito. Afinal, há regras gerais que disciplinam todo o direito probatório, seja ele inserido no processo civil ou no processo arbitral¹³⁶ (410.º e seguintes do CPC e 341 e seguintes do CC).

As partes podem acordar sobre a matéria probatória até aceitação do primeiro árbitro, isto porque, a LAV permite que elas acordem sobre as regras processuais até a aceitação do primeiro árbitro. O autor Menezes Cordeiro defende que a interpretação do nº4 do art.30.º deve ser em moldes restritivos, tendo sido elaborado com vista a ressaltar a livre organização da prova e a livre convicção do tribunal.

¹³⁶ António Menezes, *Tratado de Arbitragem*, op. cit., pág.285; Dário Moura Vicente, *Lei de arbitragem Voluntária Anotada*, op. cit., pág. 101

Capítulo III: A relação entre o tribunal judicial e o tribunal arbitral no âmbito da convenção de arbitragem e execução de medidas cautelares arbitrais

1. As vantagens e as inconveniências do processo arbitral

1.1 Celeridade

Se pensarmos na origem dos meios de resolução alternativa de litígio, da qual a arbitragem faz parte. Facilmente, chegaremos à conclusão, que esses meios surgiram como forma de aliviar os tribunais comuns, diminuindo o número de processos e a morosidade na capacidade de resposta por parte dos tribunais do Estado. O sistema arbitral, foi pensado e estruturado para ter menos formalismo e ser menos solene, com base nas decisões sumárias e céleres. O processo arbitral tem por objetivo resolver os litígios num curto espaço de tempo.

1.2 Confidencialidade

A confidencialidade que caracteriza a arbitragem é apontada pela doutrina como um argumento a favor dos árbitros. Uma das regras impostas pela LAV prende-se com o dever de guardar sigilo que recai sobre os árbitros, as partes e as entidades que promovem a arbitragem institucionalizada. O preceito 30.º, nº5 determina que esse dever inclui todas as informações relativas ao processo arbitral, isto é, tem por objeto todo o conteúdo do processo arbitral e o que lhe for pertinente.

Todavia, as partes podem tornar públicos os atos processuais necessários à defesa dos seus direitos. Se a medida cautelar for pedida num tribunal diferente do tribunal da lide principal perde-se a privacidade porque no tribunal judicial os processos são públicos¹³⁷. Esse princípio de confidencialidade também cessa com o dever de comunicação ou revelação de atos processuais às entidades públicas, impostos por lei aos árbitros. Além disso, os deveres de transparência e publicidade em que participam determinadas entidades públicas, também constituem uma exceção ao princípio da

¹³⁷ Gonçalo Malheiro, *Os Poderes Concorrenciais dos Tribunais Arbitrais e dos Tribunais Comuns para Decretamento de Providências Cautelares*, cit., pp.30

confidencialidade¹³⁸. O dever de confidencialidade é aplicável em todas as fases do processo: antes do início do processo, no decurso do mesmo e após esse ter terminado. Por último, a violação do dever de privacidade ou sigilo origina a obrigação de indemnização nos termos gerais de direito, tanto pelos árbitros às partes, como por estas à outras partes¹³⁹. O dever de confidencialidade é aplicável em todas as fases do processo: pré-processuais, no decurso do processo e após esse ter terminado.

1.3 Eficiência e Flexibilidade

Se as partes escolheram esse meio de jurisdição (arbitragem) para resolver as suas demandas, pode ser mais vantajoso para elas, pedir ao tribunal arbitral, que use todos os expedientes para resolver de forma adequada, todos os conflitos relacionados com o objeto do litígio. Um desses expedientes seria o decretamento das medidas cautelares. Desse modo, contribui para a unidade da instância cautelar e o princípio da economia processual¹⁴⁰. Pressupõe-se que o árbitro esteja mais capacitado para decretar medida cautelar porque conhece todas as questões que estão relacionadas com o objeto da convenção de arbitragem que originou o litígio. O sistema arbitral confere às partes a possibilidade de designarem os árbitros para a resolução do litígio que existe entre elas. Assim sendo, têm a possibilidade de escolher os árbitros que são especializados em determinados assuntos, e que por isso estejam mais capacitados para resolver o litígio da melhor forma o litígio. Em suma, isso contribui para boa administração da justiça e como consequência origina o efeito útil do processo¹⁴¹.

Por outro lado, se conferissem esse poder ao tribunal judicial poderia aumentar a lentidão na resolução do conflito e ser usado por uma das partes como um expediente dilatório para atrasar o processo¹⁴². Por esse motivo, a escolha pelo arbitral contribui para boa administração da justiça e como consequência, origina o efeito útil do processo¹⁴³. Outra justificação refere-se ao fato de o tribunal arbitral ser guiado pela convenção de

¹³⁸ Dário Moura Vicente, *Lei de arbitragem Voluntária Anotada*, op. cit., pág. 102

¹³⁹ Manuel Pereira Barrocas, *Lei de Arbitragem Comentada*, op. cit., pág. 122-123

¹⁴⁰ Gonçalo Malheiro, *Os Poderes Concorrenciais dos Tribunais Arbitrais e dos Tribunais Comuns para Decretamento de Providências Cautelares*, Grupo Editorial Vida Económica, 2008, pág.32

¹⁴¹ Vide Maria João Mimoso, *Arbitragem do Comércio Internacional, Medidas Provisórias e Cautelares*, Quid Juris? 2009, pp.220-221

¹⁴² Vide Maria João Mimoso, *Arbitragem do Comércio Internacional, Medidas Provisórias e Cautelares*, cit., pp.220-221

¹⁴³ Vide Maria João Mimoso, *Arbitragem do Comércio Internacional, Medidas Provisórias e Cautelares*, Quid Juris? 2009, pp.220-221

arbitragem, o que aumenta a probabilidade de que a resolução do conflito corresponda aos interesses das partes, uma vez que, esse procedimento é caracterizado por uma maior flexibilidade nos procedimentos que o tribunal utiliza. Nessa jurisdição, os conflitos são resolvidos de acordo com a especificidade de cada caso em concreto e saliente-se que o poder do tribunal arbitral nessa matéria é muito amplo, tendo ao seu dispor várias opções no que se refere ao decretamento de providências cautelares.

Em suma, a eficácia das medidas cautelares e a garantia do princípio da tutela jurisdicional efetiva justificará que o tribunal arbitral seja o mesmo tanto no processo principal como no processo cautelar¹⁴⁴. Além disso, a menor eficácia do tribunal arbitral em relação ao tribunal comum, deve ser compensada com maior cooperação das partes com o árbitro¹⁴⁵.

1.4 Inconveniências¹⁴⁶

Geralmente, as desvantagens mais da jurisdição arbitral para decretamento de medidas cautelares são as seguintes:

1. Efeito inter - partes da sentença arbitral; a sentença arbitral apenas tem efeito entre as partes, assim sendo, o tribunal arbitral não pode decretar medidas cautelares que tenham efeitos perante terceiros, ou produzam efeitos erga omnes.

2. Constituição dos tribunais arbitrais; A lei de arbitragem não dá indicações do que se deve fazer nas situações em que é pedida o decretamento de uma providência arbitral antes do início do processo. Sendo assim, é evidente que a escolha mais praticável e que acautela os interesses das partes, deve ser o recurso ao tribunal judicial. A doutrina¹⁴⁷ defende que antes de constituído o tribunal arbitral, só o tribunal estadual pode decretar medidas cautelares. Esta matéria está mais desenvolvida no domínio da arbitragem institucionalizada (art.29.º e apêndice V do regulamento da CCI de 1 de março de 2017, art.5.º e anexo I do regulamento de arbitragem de 1 de março de 2014)¹⁴⁸, no qual se prevê a figura do “árbitro de emergência” para decretar medidas

¹⁴⁴ Vide Maria João Mimoso, *Arbitragem do Comércio Internacional, Medidas Provisórias e Cautelares*, cit., pág.220-221

¹⁴⁵ Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, op. Cit., pág.670

¹⁴⁶ Gonçalo Malheiro, *Os Poderes Concorrenciais dos Tribunais Arbitrais e dos Tribunais Comuns para Decretamento de Providências Cautelares*, Grupo Editorial Vida Económica, 2008, pág.50

¹⁴⁷ Dário Moura Vicente, *Lei de arbitragem Voluntária Anotada*, op. cit., pág.98; Gonçalo Malheiro, *Os Poderes Concorrenciais dos Tribunais Arbitrais e dos Tribunais Comuns para Decretamento de Providências Cautelares*, Grupo Editorial Vida Económica, 2008, pág.50

¹⁴⁸ Estão disponíveis em www.centrodearbitragem.pt e www.icc-portugal.com

cautelares até a constituição do tribunal arbitral. Note-se que o mesmo árbitro não tem competência para emitir ordens preliminares. Para efeitos desse regulamento, considera-se urgente a providência cautelar que não pode esperar pela constituição do tribunal arbitral. Mesmo que haja a constituição do tribunal arbitral, o árbitro de emergência continua a ter poderes para decidir sobre a providência cautelar, sendo que o seu poder se extingue com a decisão sobre a providência cautelar. Não se aplica o regime de árbitro de emergência nas convenções de arbitragem que tenham sido celebradas antes da entrada em vigor desse regulamento e nos casos em que as partes decidem excluir a intervenção desses árbitros. Portanto, as partes têm a opção de escolher se querem resolver o seu litígio nos tribunais judiciais ou no âmbito de uma arbitragem institucionalizada.

3. Falta de *ius imperii*¹⁴⁹; como já foi dito anteriormente, o tribunal arbitral não tem poder de autoridade, como consequência disso, há uma necessidade de recorrer ao tribunal judicial para execução de medidas cautelares e para produção de provas que dependam da vontade de uma das partes ou do terceiro, quando não há cooperação entre as mesmas. Igualmente, o tribunal arbitral não tem poderes para exigir juramento de quem depõe, para condenar a parte por má fé processual ou por depoimento falso¹⁵⁰.

2. O papel do tribunal judicial no processo arbitral

O tribunal judicial pode intervir no processo arbitral de forma cooperativa: adotando medidas de supletividade processual (obtenção da prova, art.10.º e nomeação dos árbitros, art.38.º), decretando providências cautelares (29.º) ou executando medidas decretadas por tribunais arbitrais (29.º) e sentença arbitral doméstica (48.º, nº1 e nº2 e 730 CPC). Também pode atuar de forma fiscalizadora, nas seguintes situações: ação de impugnação da sentença arbitral (46.º), no recurso de sentença arbitral (39.º), na oposição à execução (48.º), pelo não reconhecimento de decisões estrangeiras (56.º) e no

¹⁴⁹ José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil (Conceito e Princípios Gerais À Luz do Novo Código, op. Cit.,* pág.84-85; Ver Ac. STJ de 20/01/2011, processo nº2207/09.6, Álvaro Rodrigues, na linha desse acórdão os tribunais arbitrais de constituição ad hoc não têm condições para executar a decisão arbitral porque não têm meios, nem poderes para esse efeito.

¹⁵⁰ José Lebre de Freitas, *A Ação declarativa Comum, À Luz do Código Revisto*, Coimbra Editora, 2000, pág.85

conhecimento das questões que a LAV permite ao tribunal judicial conhecer na ação executiva e nos embargos de uma sentença arbitral¹⁵¹.

Decorre da lei de arbitragem que os tribunais judiciais conservam o poder para decretar medidas cautelares na pendência de uma convenção de arbitragem antes ou durante o processo arbitral. Esta regra provém do art.9.º da Lei Modelo¹⁵². O art. 7º da Lav determina que *“não é incompatível com uma convenção de arbitragem o requerimento de providências cautelares apresentado a um tribunal estadual, antes ou durante o processo arbitral, nem o decretamento de tais providências por aquele tribunal”*. Por sua vez, o art.29.º, nº1 cuja a fonte é o art.17.ºJ da Lei Modelo, garante que *“os tribunais estaduais têm o poder para decretar providências cautelares na dependência dos processos arbitrais, independentemente do lugar em que estes decorram, nos mesmos termos em que o podem fazer relativamente aos processos que corram perante os tribunais estaduais”*. Saliente-se que esse normativo não serve como fundamento defender que os tribunais judiciais têm uma competência subsidiária em relação aos tribunais judiciais¹⁵³.

Naturalmente, há um princípio de compatibilidade entre a convenção de arbitragem e a competência do tribunal judicial para decidir sobre as providências cautelares que têm origem na mesma, sem que tal signifique a violação da convenção, a sua resolução, ou a renúncia à arbitragem. Portanto é atribuído a este tribunal poder para proferir medidas cautelares mesmo quando existe uma convenção de arbitragem, sendo assim, essa atuação não consubstancia numa interferência da competência dos árbitros.

Como se sabe, no âmbito da competência do tribunal arbitral, há um efeito positivo que atribui aos árbitros o poder exclusivo para julgar os litígios visados pela convenção de arbitragem, e um efeito negativo que se traduz na proibição dos tribunais judiciais regularem os litígios abrangidos por uma convenção de arbitragem.

O princípio da competência da competência¹⁵⁴ confere ao árbitro o poder para determinar a sua própria competência. Tem a sua fonte no art.º 16nº1 da Lei Modelo, 5ºnº3 da Convenção de Genebra de 1961. No entender de Manuel Pereira Barroca “quer

¹⁵¹ Nota-se que em relação à atuação do tribunal judicial, apenas serão desenvolvidas as matérias que dizem respeito ao decretamento e execução de providências cautelares, pelo respeito ao tema proposto neste trabalho. Manuel Pereira Barrocas, Manual de Arbitragem, op. Cit., pág. 260-272; Luís de Lima Pinheiro, Arbitragem Transnacional, A Determinação do Estatuto da Arbitragem, Almedina, 2005, pág. 134

¹⁵² Mário Raposo, Estudos Sobre Arbitragem Comercial e Direito Marítimo, Almedina, 2006, pág. 45

¹⁵³ Dário Moura Vicente, *Lei de arbitragem Voluntária Anotada*, op. cit., pág.98

¹⁵⁴ Luís de Lima Pinheiro, Arbitragem Transnacional, A Determinação do Estatuto da Arbitragem, Almedina, 2005, pág.133-142

a convenção de arbitragem seja existente ou inexistente, válida ou inválida, eficaz ou ineficaz, exequível ou inexecutável, o tribunal arbitral tem sempre competência, não apenas para julgar a lide como também para apreciar a existência, a validade, a eficácia ou a exequibilidade da convenção de arbitragem e, assim, em suma tem poderes para, positiva ou negativamente, poder vir, a final, a decidir o litígio”¹⁵⁵.

Este princípio não choca com o princípio do efeito negativo da convenção de arbitragem, se as partes intentarem uma ação no tribunal judicial apesar de existir uma convenção de arbitragem, esse tribunal deve decidir sobre exceção de preterição do tribunal arbitral que constitui uma causa de incompetência absoluta do tribunal. A exceção dilatória (96.º-b, e 577.º-b) conduz à absolvição do réu da instância e obsta à apreciação do mérito da causa. Portanto, o mesmo deve sustentar o prosseguimento do processo, mas para que isso aconteça, é necessário que o requerido deduza a exceção de preterição da convenção de arbitragem, porque essa matéria não é do conhecimento oficioso e depende sempre da invocação pela parte interessada¹⁵⁶.

Excetuando os casos em que a convenção de arbitragem seja manifestamente nula ou anulável (é o caso do acórdão do TRE de 12 de julho de 2018, processo nº1005/11.1, relatado por Sílvio Sousa, onde o tribunal decidiu “para que se verifique a exceção dilatória da preterição do tribunal arbitral basta que se alegue e prove ao tribunal judicial a existência de convenção de arbitragem que não seja manifestamente nula ou anulável e que seja apenas suscetível de vincular as partes no litígio e de conter tal litígio no seu objeto. Nada mais é necessário¹⁵⁷”). Face ao exposto, é necessário salientar que o art.7º da LAV não põe em causa o efeito negativo da convenção de arbitragem consagrado no art.5º.

O tribunal judicial funciona muitas vezes como uma jurisdição de controlo ou de apoio à jurisdição arbitral, mas tanto uma jurisdição como a outra têm a sua autonomia. Por isso, nem um tribunal nem o outro podem modificar ou alterar as decisões cautelares arbitrais ou judiciais. Exceto no caso previsto no art.28º, alínea b) subalínea i)¹⁵⁸. Como foi observado anteriormente, as partes podem estipular um acordo de exclusão ou

¹⁵⁵ Manuel Pereira Barrocas, *Lei de Arbitragem Comentada*, op. cit., pág.85

¹⁵⁶ José Lebre de Freitas, *A Ação declarativa Comum*, À Luz do Código Revisto, Coimbra Editora, 2000, pág. 92-98; Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional, A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, 2005, pág.88-89; José Lebre de Freitas, Isabel Alexandre, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol.II, 3ª edição, Almedina, 2018, pág. 578-580

¹⁵⁷ Acórdão do TRE de 12 de julho de 2018, (processo nº1005/11.1), Sílvio Sousa; ac. do STJ de 30.9.14, Garcia Calejo, proc. 232/06/; Ac. do TRL de 30.6.15, Pedro Brighton, proc.1934/12, disponível em www.dgsis.com

¹⁵⁸ Manuel Pereira Barrocas, *Lei de Arbitragem Comentada*, op. cit., pág.115

limitação dos tribunais arbitrais no âmbito das providências cautelares. Por isso, é relevante discutirmos se esse acordo de exclusão ou limitação das providências cautelares pode se aplicar aos tribunais comuns¹⁵⁹. Do nosso ponto de vista, esse acordo de exclusão ou limitação também é aplicável aos tribunais comuns. Isto porque no âmbito da convenção de arbitragem vigora a autonomia das partes e cabe a elas decidirem o que salvaguarda melhor os seus interesses.

Mas esse acordo não é admissível em situações que facilmente pode haver denegação de justiça em relação à uma das partes do processo. Por exemplo, naquelas situações em que não existe a constituição do tribunal arbitral, sendo urgente decretar uma medida arbitral, não é possível tal acordo de exclusão porque a situação a acautelar pela medida cautelar poderá configurar-se num prejuízo relevante para umas das partes se se esperar até a constituição do tribunal arbitral (tendo em conta que esse processo costuma ser moroso).

De opinião contrária, o autor Mário Raposo¹⁶⁰ defende que essa solução não é a mais indicada para salvaguardar os interesses das partes, porque o tribunal arbitral não detém competência cautelar “plena”, estando sempre dependente do tribunal judicial para conferir eficácia à sua decisão. Além disso, essa solução não é a mais funcional e praticável, pois, são os tribunais judiciais que executam as medidas cautelares arbitrais caso não haja cumprimento voluntário por uma das partes. Esse autor, diz ainda, que excluir a competência cautelar dos tribunais arbitrais se “numa zona de não-direito, de denegação de justiça, uma agressão consequencial ao princípio do art.20.º da CRP”

Há um outro argumento defendido pela doutrina que não concorda com o acordo de exclusão do tribunal judicial. Segundo essa teoria nos casos em que o tribunal arbitral não está constituído, não se pode excluir a competência do tribunal judicial para decretar ou executar providências cautelares, sob pena de denegação da justiça. Sendo assim, é evidente que a escolha mais aceitável é o tribunal judicial. Por isso, defende-se nesse trabalho que esse acordo só pode ser aceitável, depois da constituição do tribunal arbitral.

Ainda assim, há alguns argumentos contra essa possibilidade porque é possível que surjam fatos supervenientes que não foram previstos pelas partes, que impossibilitem totalmente a intervenção do tribunal arbitral. Portanto, defende-se que qualquer exclusão

¹⁵⁹ Há autores que defendem que a norma do art.7º da LAV é imperativa e por isso não pode haver um acordo de exclusão por parte das partes nesta matéria, Vide *Pedro Caetano “Arbitragem e Medidas Cautelares. Algumas Notas”*, op. cit., pág. 115

¹⁶⁰ Mário Raposo, *Estudos sobre a Arbitragem Comercial e Direito Marítimo*, Almedina, 2006, pág.39-40

da intervenção dos tribunais comuns deve observar a forma escrita e ser detalhada nos seus exatos termos¹⁶¹, para que as partes possam refletir melhor sobre esse acordo.

É necessário ter em conta que em determinadas situações a medida cautelar arbitral pode ser insuficiente para acautelar o direito dos interessados por haver questões que não têm soluções na jurisdição arbitral. Para além da situação em que não há formação do tribunal arbitral.

O autor Gonçalo Malheiro¹⁶² defende que essas circunstâncias podem ocorrer nas seguintes situações: existência de uma lei imperativa que impossibilita o decretamento de medida cautelar pelo tribunal arbitral, quando a medida cautelar afeta a esfera jurídica de terceiros, paralisação do tribunal por qualquer motivo, exclusão por mútuo acordo da intervenção do tribunal arbitral, necessidade de decretar medidas cautelares ex parte ou em que não pode ser ouvida a parte contrária, quando seja mais eficaz para a defesa do direito e do interesse das partes o recurso ao tribunal comum, quando o próprio tribunal arbitral solicita essa intervenção, e por último, quando está em causa uma medida cautelar de natureza executiva, em que é necessário o *jus imperii*.

Essas são as situações restritivas em que o tribunal comum pode decretar uma medida cautelar mesmo existindo um pacto de arbitragem. Note-se que quando as partes recorrem a via judicial para satisfazer a sua pretensão ficam sujeitas ao regime imposto pelo código processo civil, tendo de se cingir aos procedimentos cautelares que estão expressamente previstos por aquele normativo. Essa é uma limitação que não ocorre na arbitragem, pois os procedimentos cautelares utilizados nesse instituto podem ter características de procedimentos cautelares judiciais, arbitrais ou ter configurações próprias desde que estejam observados os requisitos do art.21.º da LAV.

Claramente cabe às partes a possibilidade de escolher uma das jurisdições, a judicial ou a arbitral para acautelar os seus direitos. Por isso, esses normativos resultam do princípio do acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos bem como à tutela jurisdicional efetiva desses direitos que aparecem consagrados no artigo 20º n.ºs 1 e 5 da constituição. A todos é garantido um leque de direitos, perante a ameaça ou violação dos seus direitos, qualquer cidadão tem ao seu dispor meios próprios para salvaguardá-los. Tratando-se de procedimentos

¹⁶¹ Gonçalo Malheiro, *Os Poderes Concorrenciais dos Tribunais Arbitrais e dos Tribunais Comuns para Decretamento de Providências Cautelares*, op. cit., pág.63-64

¹⁶² Gonçalo Malheiro, *Os Poderes Concorrenciais dos Tribunais Arbitrais e dos Tribunais Comuns para Decretamento de Providências Cautelares*, cit., pág.73

cautelares em que esteja em causa uma convenção de arbitragem, as referidas partes podem recorrer tanto ao tribunal judicial como ao tribunal arbitral. Por isso, costuma-se referir que no procedimento cautelar, há uma competência concorrente entre as 2 jurisdições.

3. Execução das providências cautelares

A execução pode ser definida como uma ordem de coação imposta a um indivíduo pela autoridade para que a sentença seja eficaz¹⁶³. Tem por base um título, sendo que esse título constitui uma sentença arbitral (art.42.º, nº7)¹⁶⁴. Essa matéria aparece regulada no art.27.º da LAV. Por sua vez, esse preceito tem origem no art.17.º H da Lei Modelo. Este dispositivo é idêntico ao art.42.º da LAV¹⁶⁵. Além dos tribunais arbitrais possuírem competência para decretar medidas de natureza declarativa, podem decretar medidas executivas, no entanto, se não houver cumprimento voluntário dessas medidas pelo requerido, o requerente deve recorrer ao tribunal judicial para salvaguardar o seu direito.

Em suma, a lei determina que as decisões arbitrais têm caráter obrigatório, mas não admite a execução de medidas cautelares pelo tribunal arbitral. Quando ocorre o incumprimento das partes face a uma medida cautelar proferida pelo tribunal arbitral, não é possível que esse tribunal adote expedientes coercivos para executá-la pelos seus próprios meios. Isto porque o tribunal arbitral não possui *iuris imperii* ou poder de desencadear mecanismos executivos, característica que só pertence aos tribunais comuns.

Só os tribunais do Estado¹⁶⁶ têm o poder de autoridade, e esse poder é exercido em nome do interesse público, com as devidas ponderações e responsabilidades exigidas nessas matérias. Os tribunais arbitrais são tribunais privados, cuja competência tem por base a convenção de arbitragem, a maioria das disposições que regulam esses tribunais resultam da vontade do poder da parte corolário do princípio da autonomia. Caso o tribunal arbitral executasse medidas executivas isso originaria uma justiça privada, essa

¹⁶³ Vide Maria João Mimoso, *Arbitragem do Comércio Internacional, Medidas Provisórias e Cautelares*, op. cit., pág..345

¹⁶⁴ Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, op. Cit., pág.541

¹⁶⁵ Paula Costa e Silva, *A Arbitralidade de Medidas Cautelares*, 2003, ponto 3.1; Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, 2014, pág.219; Gonçalo Malheiro, *Os poderes concorrenciais dos tribunais arbitrais e dos tribunais comuns para decretamento de providências cautelares*, Grupo Editorial Vida Económica, 2008, pág.34

¹⁶⁶ Paula Costa e Silva, *A Nova Face da Justiça, Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, Lisboa, Coimbra Editora, 2009, pág. 94

forma de atuação não é tolerável por um estado de direito¹⁶⁷. A falta de exequibilidade dessas medidas pode acarretar desvantagens para as partes que decidem recorrer aos tribunais arbitrais, na medida em que esse fato pode originar a morosidade de processos intentados naqueles tribunais que necessitem de execução. Assim sendo, diante de medidas com natureza executiva pode ser mais vantajoso para as partes o recurso ao tribunal judicial, salvaguarda-se o princípio da celeridade e a economia processual.

Dito isto, uma medida cautelar arbitral pode ser coercivamente executada pelo tribunal estadual. O tribunal judicial auxilia o tribunal arbitral quando estejam em causa medidas cautelares com essa natureza. Para isso, as partes devem dirigir um pedido ao tribunal judicial solicitando a sua intervenção (art.27 da LAV). É necessário esclarecer que a execução das medidas cautelares pelo tribunal judicial não confere ao mesmo qualquer poder para interferir na decisão do tribunal arbitral. Há um princípio da proibição da revisão de mérito pelo tribunal judicial de uma medida cautelar decretada pelo tribunal arbitral.

Todavia, a lei estipula que o tribunal arbitral pode decidir de outro modo, caso entenda que a intervenção do tribunal judicial seja desnecessária ou inadequada¹⁶⁸. Ou seja, decorre da lei que o tribunal arbitral pode decidir que a providência cautelar decretada não seja suscetível de execução coerciva. Todavia, o dispositivo normativo não indica as situações em que o tribunal arbitral pode tomar essa decisão. Por isso considera-se que os árbitros podem decidir nesse sentido mediante o pedido das partes, ou naquelas situações em que é evidente o cumprimento voluntário pelo requerido

Apesar da falta de coercibilidade ser apontada como um argumento contra a arbitragem, uma parte da doutrina defende que isso não é determinante porque o tribunal arbitral tem outras formas ou meios alternativos que levem as partes a se comportar de certo modo¹⁶⁹ e a respeitar os seus comandos. Na verdade, supõe-se que as partes ao recorrerem aos tribunais arbitrais demonstram confiança na arbitragem como uma jurisdição séria para resolver os seus problemas. Por isso, faz mais sentido que acatem as ordens do tribunal arbitral.

Ao contrário da LAV de 1986, a nova lei de arbitragem determina a

¹⁶⁷ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, 2014, pp.220; Vide Maria João Mimoso, *Arbitragem do comércio internacional, Medidas Provisórias e cautelares*, Quid Juris? 2009, pp.219

¹⁶⁸ Manuel Pereira Barrocas, *Lei de Arbitragem Comentada*, op. Cit., pág.109

¹⁶⁹ Gonçalo Malheiro, *Os Poderes Concorrenciais dos Tribunais Arbitrais e dos Tribunais Comuns para Decretamento de Providências Cautelares*, Grupo Editorial Vida Económica, 2008, pág.35

irrecorribilidade das sentenças arbitrais¹⁷⁰. Isto é, tanto a sentença do tribunal arbitral que decretar uma providência cautelar ou emitir uma ordem preliminar, bem como, a sentença do tribunal judicial que decidir sobre a execução coerciva de uma providência cautelar arbitral não são suscetíveis de recurso, arts.27.º, nº4; 39.º, nº4 e 53.º. Exceto nos casos, em que as partes acordarem expressamente, na convenção de arbitragem que é possível o recurso ao tribunal judicial. Ou quando a causa foi decidida segundo o critério d equidade ou composição amigável. Portanto, a regra da recorribilidade é supletiva e pode ser afastada pela vontade das partes.

Essa proibição fundamenta-se no princípio da “*definitividade da sentença arbitral*”¹⁷¹, entende-se que a decisão arbitral é definitiva porque não se pode recorrer sobre o mérito da decisão ou sobre qualquer outro aspeto relacionada com a mesma, formando assim, caso julgando¹⁷². Esse princípio permite as partes terem a convicção clara e certeza de que as decisões arbitrais são definitivas e céleres, não se transformando em processos morosos e longos como acontece com as decisões dos tribunais comuns. Pretende-se preservar “*o mais possível a integridade do processo arbitral*”¹⁷³. Para isso ser possível, é necessário limitar as intervenções excessivas dos tribunais comuns e das leis nos processos arbitrais.

3.1 A particular situação de arresto

Na discussão acerca da execução de medidas cautelares, a figura de arresto tem ocupado um papel central. Tem-se discutido se é possível que o tribunal arbitral decrete uma medida cautelar com as características do arresto. Alguns autores, como Mário Esteves de Oliveira e Calvão da Silva¹⁷⁴, respondem positivamente, defendendo que o tribunal arbitral pode decretar uma medida com a característica de arresto. E outros, argumentam no sentido de não permitir o decretamento do arresto pelo tribunal arbitral, é o caso da Mariana França Gouveia, Paula Costa e Silva e Armindo Ribeiro. Já António Menezes Cordeiro, defende que o tribunal arbitral pode ordenar a não dissipação de bens,

¹⁷⁰ Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, op. cit., págs. 253, 264-265; *Lei de Arbitragem Comentada*, op. Cit., pág.111, 146-147, 195-196; António Menezes Cordeiro, *Tratado da Arbitragem, Comentário à lei 63/2011, de 14 de dezembro*, op. Cit., págs. 254, 380, 524-525

¹⁷¹ Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, op. cit., pág. 264-265

¹⁷² Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, op. cit., pág. 270

¹⁷³ Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, op. cit., pág.265

¹⁷⁴ Mário Esteves de Oliveira, *Lei de Arbitragem Voluntária Comentada*, op. Cit., pág.283; Calvão da Silva, *Tribunal Arbitral e Providências Cautelares*, op. Cit., pág.106

art.20.º, nº2 c); já a apreensão de bens só será possível com a colaboração do tribunal do Estado¹⁷⁵. Como a nossa lei de arbitragem nada diz em relação à medida cautelar dessa natureza, temos de fazer a análise com base na doutrina e jurisprudência. Em primeiro lugar, é necessário entendermos em que consiste essa medida. Alguns autores, como o professor Lebre de Freitas e Mariana França Gouveia defendem que o arresto se qualifica como uma garantia real, tendo em conta que confere ao credor o direito a ser pago com preferência em relação a outros credores comum, tal como a penhora. É visto como uma antecipação da penhora¹⁷⁶.

Outros autores, como Rui Pinto Duarte discordam dessa qualificação porque não é possível reconhecer um efeito definitivo a uma medida provisória. Para este autor o arresto não pode ser qualificado como um direito real de garantia por completo, mas apenas um direito real *in faciendo*. Defende ainda, que é muito difícil se aplicar o regime da penhora ao arresto¹⁷⁷.

Mariana França Gouveia rebate essa posição e defende que a natureza real do arresto decorre diretamente do seu regime civil. Fato que é comprovado pelo código civil que faz uma equiparação plena entre arresto e penhora no seu art.622.º, nº 2. Pois, o artigo equipara o regime substantivo, isto é, as regras contidas no código civil presentes nos artigos 819.º e seguintes e não os particulares aspetos da tramitação processual. Para a autora, a garantia provisória da garantia não impede o efeito do arresto previsto no art.822.º CC. Esse efeito pode ser revertido através da responsabilidade geral do requerente, e em último recurso, através do instituto do enriquecimento sem causa. Em suma, o arresto traduz-se numa apreensão judicial de bens que são entregues a um depositário, que os guarda e administra em nome do tribunal¹⁷⁸.

Retomando a questão de saber se é possível o decretamento de medidas dessa

¹⁷⁵ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, op. cit., pág.225; *A competência Cautelar do Tribunal Arbitral, em especial as providências executivas e as antissuit injunctions*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas, Vol. II, Coimbra, 2013, págs. 880-882; Paula Costa e Silva, *A Arbitralidade de Medidas Cautelares*, op. Cit., ponto 3.1, Armino Ribeiro Mendes, *As Medidas Cautelares e o Processo Arbitral*, op. Cit., pág.91; António Menezes Cordeiro, *Tratado da Arbitragem, Comentário à lei 63/2011, de 14 de dezembro*, op. Cit., pág. 233

¹⁷⁶ José Lebre de Freitas, Montalvão Machado e Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado*, volume 2º, 2008, pág. 10

¹⁷⁷ Para maior desenvolvimento dessas matérias ver art.622.º, 819.º e seguintes CC, 777.º, nº5 e 794.º CPC; José Lebre de Freitas, Montalvão Machado e Rui Pinto, *Código de processo civil anotado*, volume 2º, 2008, pág. 124; Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, op. Cit., 2014, pág.221

¹⁷⁸ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, op. cit., pág.221

natureza na arbitragem, a doutrina majoritária nega essa possibilidade¹⁷⁹. Na jurisprudência é difícil seguir-se uma orientação, na medida em que existem decisões dispares em relação a esse assunto. Neste ponto, é necessário fazer um esclarecimento, é possível o decretamento de medidas cautelares com o intuito de apreender bens que sirvam de garantia à futura e eventual execução da sentença como consta do art.20.º, n.º 2 c) da LAV.

A questão que se prende com essa matéria é o fato do arresto ser um direito real e ter como efeito a ineficácia de atos de transmissão posteriores. Na ordem jurídica portuguesa, vigora o princípio da tipicidade dos direitos reais. Por isso, só uma medida tipificada na lei pode originar aqueles efeitos. Os direitos reais caracterizam-se pela sua eficácia *erga omnes*. Ora, os tribunais arbitrais não podem criar *ex novo* uma garantia real com essas características. Ressalve-se que nem o tribunal judicial tem esse poder. Concluindo, a única medida cujo tribunal arbitral poderia decretar com essas condições só poderia ser o arresto. No entanto, como não é possível haver separação do momento declarativo do momento executivo, o tribunal arbitral não a pode proferir¹⁸⁰.

Atente-se noutra questão, o arresto é sempre decretado sem audiência prévia do requerido. Com isto se quer dizer, caso fosse possível o decretamento do arresto pelo tribunal arbitral, o arresto seria decretado através de uma ordem preliminar (o único regime que admite a emissão de medidas sem o contraditório prévio), e como se sabe, a ordem preliminar não pode ser executada (art.23.ºn.º5). Nesses termos, o arresto seria inexecutável, fato que não é possível tratando-se dessa medida. Por tudo isto, só nos resta concluir pela inadmissibilidade de decretamento dessas medidas pelo tribunal arbitral¹⁸¹.

Como exemplo de um acórdão em que o houve o decretamento da medida cautelar pelo tribunal arbitral temos o acórdão do Tribunal da Relação de 9/11/2006¹⁸². No comentário a esse acórdão o professor Mário de Raposo apresenta vários pontos que nos leva a concluir que a “opção feita pelo requerente do arresto (admitida pelo tribunal arbitral) foi, assim, uma opção errada. Tivesse o arresto sido diretamente requerido no

¹⁷⁹ Mariana França Gouveia, Curso de Resolução Alternativa de Litígios, Almedina, 2014, pág.225; Paula Costa e Silva, A Arbitralidade de Medidas Cautelares, 2003, ponto 3.1,

¹⁸⁰ Mariana França Gouveia, Curso de Resolução Alternativa de Litígios, Almedina, 2014, pp.224

¹⁸¹ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, op. cit., pág.225

¹⁸² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa Comentado por Mário Raposo, 9/11/2006 que pode ser consultado no site: <https://portal.oa.pt/>

tribunal judicial e a sua finalidade ter-se-ia consumado muito tempo antes”¹⁸³.

O tribunal arbitral ao decretar o arresto extrapolou a sua competência proferindo uma medida dessa natureza. Além disso, atribuiu “competência” à requerente para solicitar às autoridades policiais ou de investigação ou aos tribunais judiciais das comarcas onde se revelasse necessário proceder à realização de quaisquer diligências o auxílio da força pública. O tribunal errou a não respeitar o contraditório prévio que é um princípio basilar na arbitragem. Verificou-se também que entre o decretamento da medida e o pedido de execução correu algum tempo, por isso, não se entende a justificação de não se ter salvaguardado o contraditório prévio

3.2. Ordens de abstenção judicial (*anti-suit injunctions*)

Ordem de abstenção judicial¹⁸⁴ é um comando ou uma ordem dirigida á uma parte para que se abstenha de propor uma ação noutro tribunal quando já esteja a decorrer uma ação num determinado tribunal arbitral. Essa medida aparece prevista no art.20.º2 b) e foi fruto da Lei Modelo¹⁸⁵. Normalmente, essa ordem é requerida a um tribunal arbitral quando há suspeitas de que a outra parte terá intenção de intentar uma ação noutro tribunal com intuito de suspender, atrasar ou dificultar de alguma forma o andamento do processo. As ordens de abstenção judicial salvaguardam a celebração de uma convecção de arbitragem ou pacto de jurisdição celebrado entre as partes. Além de as partes poderem invocar a exceção dilatória de preterição do tribunal arbitral, também podem requerer ao tribunal competente uma injunção de abstenção judicial¹⁸⁶.

Essa ordem tem de ser requerida por uma das partes, e pode ser dirigida tanto ao tribunal arbitral como ao tribunal judicial. Tem como objetivo impedir ações meramente dilatórias¹⁸⁷.

Claramente, havia argumentos contra à sua inserção no texto da Lei Modelo. Esses argumentos tinham como o fundamento a inexistência desses instrumentos em muitos

¹⁸³ Ac.do TRL Comentado por Mário Raposo, 9/11/206 que pode ser consultado no site: <https://portal.oa.pt/>

¹⁸⁴ Paula Costa e Silva, *A Nova Face da Justiça, Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, op. cit., pág.120-127

¹⁸⁵ A/CN.9/589, pp.6-7 disponível em

<http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/39th.html>; A/CN.9/547, pp.21 disponível em http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/2Arbitration.html

¹⁸⁶ Paula Costa e Silva, *A Nova Face da Justiça, Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, op. cit., pág.126

¹⁸⁷ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Almedina, 2014, pág.226

ordenamentos jurídicos, chegando a ser contrários ao direito de ação de alguns. Em última instância, poderia frustrar a finalidade de harmonização da Lei Modelo caso muitos países não adotassem o mecanismo. Apesar dessas críticas, foi incluída na Lei Modelo porque considerou-se que a sua importância e utilização crescia a nível internacional e que o seu desconhecimento na maioria dos Estados deveria ser um motivo da sua inclusão na Lei Modelo, com intuito de difundir a sua utilização. Porque servem para proteger o processo arbitral, então, o seu conhecimento teria vantagens para as partes e o tribunal arbitral¹⁸⁸. Defendeu-se que a limitação do direito de ação não existe, uma vez que, a parte prejudicada pode pedir ao tribunal judicial a anulação de decisão com base na invalidade da convenção de arbitragem.

Cabe-nos entender os contornos deste instrumento no nosso ordenamento jurídico. Como referimos anteriormente, da leitura do art.20.ºn. 2 b) podemos incluir a admissibilidade desse pedido na lei de arbitragem. Porém, o art.5.ºnº4 estabelece a regra do efeito negativo da convenção de arbitragem pelo tribunal judicial, que se traduz na incompetência do tribunal judicial para apreciar uma ação em que esteja em causa uma convenção de arbitragem. Logo, o legislador português não teve a intenção de admitir a proibição da ordem de abstenção arbitral. Consagrou a admissibilidade de ordem de abstenção judicial, mas não permitiu o contrário¹⁸⁹.

Na análise desse instrumento, Miguel Teixeira de Sousa apresenta-nos um outro argumento, a inexecutabilidade das ordens de abstenção judicial e o seu impacto na restrição ao direito de acesso aos tribunais. O tribunal judicial perante uma ordem de abstenção judicial teria de analisar, embora de forma superficial, o pedido e a defesa, não devendo qualquer obediência à ordem do tribunal. Claro que isso causaria contrariedade com o princípio da competência da competência no seu efeito negativo. Contudo, o mesmo autor mostra-nos que tecnicamente as ordens de abstenção judicial são dirigidas contra a parte e não contra o tribunal judicial. Analisando deste prisma, se as ordens são dirigidas apenas à parte requerida, isso não extravasa a competência do tribunal arbitral, nem conflituam com a competência do tribunal judicial. Confrontando-se com uma situação desse tipo, o tribunal judicial apenas analisa as pretensões de ambas as partes sem sofrer limitações das referidas ordens. Conclui-se que essas ordens são admissíveis,

¹⁸⁸ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, op. Cit., pág.227

¹⁸⁹ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, op. cit., pág.231

porém não são executáveis judicialmente. Se houver incumprimento da contraparte pode originar responsabilidade civil nos termos gerais¹⁹⁰

3.3. Fundamentos de recusa da execução das providências cautelares arbitrais

Como vimos anteriormente, as decisões dos tribunais arbitrais têm caráter obrigatório e podem ser executadas pelo tribunal judicial. No entanto, em algumas situações não é possível a execução dessas medidas pelo tribunal judicial. Essas situações aparecem tipificadas no artigo 28.º que faz remissão para art.56.º. Por sua vez, esse artigo provém do art.36.º da Lei Modelo que se baseou no art.5.º da Convenção de Nova Iorque de 1958. O art.56.º tem muitas semelhanças com o art.46.º, nº3. Como podemos constatar, os fundamentos de recusa do reconhecimento ou execução coerciva da providência cautelar, bem como, os pressupostos de anulação e de reconhecimento ou execução da sentença arbitral acabam sendo parecidos.

No art.28.º nº1 a) estão previstos fundamentos que dependem da alegação das partes e na alínea b) estão previstos fundamentos que são de conhecimento oficioso do tribunal. Esses fundamentos de recusa não autorizam, em caso algum ao tribunal estadual: apreciar o mérito substantivo da decisão cautelar arbitral (28.º, nº2) ou as condições de procedência da medida cautelar previstas no art.21.º, nºs 1 e 3 da LAV¹⁹¹.

Os pressupostos de recusa que podem ser arguidos pelas partes são:

1) incapacidade de uma das partes da convenção de arbitragem ou invalidade desta; este requisito diz respeito à convenção de arbitragem, assim, constitui um dos motivos de recusa da execução, se uma das partes alegar e conseguir provar que a outra parte estava afetada por uma incapacidade no momento da celebração da convenção de arbitragem. No caso da pessoa física trata-se de incapacidade legal para exercício de direitos e é regulada pela lei que lhe é aplicável. Em relação a pessoa coletiva essa incapacidade também é aferida pela lei que lhe é aplicável ou através dos estatutos. Além disso, a sentença arbitral também será recusada se a convenção arbitral for inválida¹⁹².

2) falta de informação ao requerido da designação de um árbitro ou da existência do próprio processo arbitral ou de que, por qualquer outro motivo não lhe foi dado a

¹⁹⁰ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., pág.232-233; Miguel Teixeira de Sousa, A incompatibilidade das anti-suit injunctions com o Regulamento n.º44/2001, 2009, pp.202-3

¹⁹¹ Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2ª edição, Almedina, 2013, pág.252

¹⁹² Manuel Pereira Barrocas, *Lei de Arbitragem Comentada*, op. Cit., pág.166-173, 203; Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de litígio*, op. Cit., pág.302

oportunidade de fazer valer os seus direitos; pode-se tirar 2 ilações desse requisito: em primeiro lugar, determina-se que o art.46.º n.º3, II diz respeito à violação dos princípios fundamentais (princípio de informação, de notificação e do contraditório) do processo arbitral referidos no n.º1 do art.30.º. Esses princípios salvaguardam o respeito pelo processo equitativo. Em segundo lugar, exige-se que a violação de um desses princípios influencie decisivamente a resolução do litígio. A concretização desse litígio é difícil, por isso, deve-se elaborar um juízo de prognose casuístico. É necessário que se analise em cada caso concreto, se a falha é ou não importante para o cumprimento dos princípios referidos, em bloco, e não olhar de forma isolada para a omissão ou violação.¹⁹³

3) a decisão cautelar arbitral se pronuncia sobre matéria de um litígio não abrangido na convenção de arbitragem ou contém convenções que extravasam o âmbito desta. Isto é, o árbitro apreciou e decidiu sobre um litígio não previsto pelas partes na convenção de arbitragem. Ou, nos casos em que decidindo sobre o litígio acordado pelas partes, ultrapassa o âmbito da sua competência. Portanto, o julgador não respeita os limites impostos pela convenção de arbitragem.

4) a constituição do tribunal arbitral ou o processo arbitral não estão conformes com a convenção das partes ou, na ausência de convenção, segundo a lei do país onde a arbitragem teve lugar; neste requisito está em causa as regras relativas à constituição e ao processo do tribunal arbitral. Este dispositivo impõe que essas regras devem respeitar o acordo entre as partes, o regulamento (caso as partes escolham algum) e a convenção de arbitragem. Na inexistência desses normativos, deve-se observar as regras impostas pela lei. Evidentemente, as regras acordadas pelas partes não podem violar as normas imperativas da lei. Logo, do incumprimento da convenção entre as partes ou da lei resulta a recusa da execução coerciva da sentença cautelar arbitral¹⁹⁴.

5) não ter sido cumprida a decisão arbitral de prestação da caução adequada; o incumprimento da decisão do tribunal arbitral que impôs a prestação da caução pode originar o motivo de recusa da execução coerciva.

6) a providência cautelar arbitral ter sido, entretanto, revogada ou suspensa pelo tribunal arbitral, nacional ou estrangeiro, ou, se para tanto for competente, por um tribunal estadual do país do lugar da arbitragem ou ao abrigo de cuja lei a providência tiver sido decretada; a revogação ou suspensão de uma providência cautelar arbitral pelo tribunal arbitral, ou tribunal estadual competente, também pode ser uma causa de recusa da

¹⁹³ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de litígio*, op. Cit., pág. 303

¹⁹⁴ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de litígio*, op. Cit., pág.304

execução. Estes pressupostos estão consagrados nas subalíneas i), ii), iii), iv) da alínea a) do nº1 do art.56.º e art.28.º, ii e iii da LAV¹⁹⁵.

Pressupostos que podem ser arguidos oficiosamente pelo juiz:

1) caso em que a providência arbitral é incompatível com os poderes legais próprios ou da função típica do tribunal estadual português em matéria de execução de medidas cautelares ou de decisões judiciais, ao menos que lhe seja possível adaptar os seus poderes e o seu regime processual de molde a poder executar a providência cautelar arbitral sem alterar a sua essência (essência define-se como “fundamento legal e de fato, o sentido e o efeito útil da medida cautelar ordenada pelo tribunal arbitral”¹⁹⁶) art.29.º, nº1, al.b), subalínea i);

2) caso se verifique a não arbitralidade ou inarbitralidade do objeto do litígio a que se refere a medida cautelar, art.56.º, nº1, al.b), subalínea i); este pressuposto se refere ao requisito da arbitralidade objetiva. De acordo com o disposto no art.1.º, podem ser arbitráveis: os litígios de natureza patrimonial e os litígios de interesses não patrimoniais que podem ser transacionáveis ou que são disponíveis. Se for arbitrável alguma matéria que não respeite esses requisitos, será recusada a execução da sentença arbitral¹⁹⁷.

3) o reconhecimento ou a execução da medida cautelar arbitral conduzirem a um resultado manifestamente incompatível com a ordem pública internacional do Estado Português, art.56.º, nº1, al.b), subalínea ii) ¹⁹⁸; esse pressuposto diz respeito à violação da ordem pública internacional do Estado Português. Não são valorados todos os vícios, apenas interessam aqueles que determinam uma violação clara e consequências contraditórias. A doutrina¹⁹⁹ faz uma distinção entre a ordem pública interna e a ordem pública internacional. Na ordem pública interna estão inseridos os princípios e regras que são estabelecidas como essenciais para uma determinada comunidade, tratando-se qui, do Estado Português. Enquanto que na ordem pública internacional integra tão só a proteção de interesses ou valores impostos como imprescindíveis para o Estado Português²⁰⁰.

¹⁹⁵ Manuel Pereira Barrocas, *Lei de Arbitragem Comentada*, op. Cit., págs.113, 171-175, 202-205

¹⁹⁶ Manuel Pereira Barrocas, *Lei de Arbitragem Comentada*, op. Cit., pág.113

¹⁹⁷ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de litígio*, op. Cit., pág.309

¹⁹⁸ Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, 2ª edição, Almedina, 2013, págs. 252-253; *Lei de arbitragem Comentada*, op. cit., págs. 113-114,

¹⁹⁹ Manuel Pereira Barrocas, *Lei de Arbitragem Comentada*, op. Cit., págs.175-179;

²⁰⁰ Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígio*, op. Cit., págs.310

4. Responsabilidade do requerente

A parte que requer uma providência cautelar ou ordem preliminar injustificada incorre numa responsabilidade de natureza legal. Esta responsabilidade está configurada nos termos do art.26.º e tem como fonte o art.17.ºG da Lei Modelo. Este procedimento inclui quaisquer custos e prejuízos que a parte requerida tenha sofrido pelo decretamento da providência cautelar ou emissão da ordem cautelar. A pedido do requerido o tribunal pode ordenar o requerente a pagar uma indemnização pelos prejuízos sofridos.

Diferentemente do que acontece no regime geral do art.390.º CC, na arbitragem vigora uma responsabilidade civil objetiva, que pode ser requerida independentemente da culpa do requerente, é suficiente que o tribunal decida que a providência cautelar ou a ordem preliminar não deveria ter sido decretada ou emitida²⁰¹. Essa responsabilidade pode ser requerida a todo o tempo no processo arbitral.

A responsabilidade do requerente confere maior seriedade à arbitragem, transmitindo maior confiança e segurança ao processo arbitral. Leva a que as partes usem esse expediente com mais cautela, de forma mais responsável porque há uma consequência para quem peça o decretamento de uma providência de forma arbitrária. Assim, segundo Menezes Cordeiro, a responsabilidade deve ser decretada depois de se observar os seguintes pressupostos: ilicitude que se manifesta na violação de deveres de cuidado, de verdade, de lealdade ou mesmo de revelação; a ilicitude leva à presunção de culpa, há culpa quando a violação das regras jurídicas é censurado pelo ordenamento jurídico; danos se manifestam como custos e prejuízos, além disso, pode haver danos não patrimoniais; causalidade, uma vez que, os danos sofridos devem decorrer no âmbito de bens protegidos pelos deveres jurídicos que foram violados²⁰². O autor refere ainda que não se deve dispensar as causas de justificação e de excusa porque funcionam como válvula de segurança.

²⁰¹ Marco Filipe Carvalho Gonçalves, *Providências Cautelares Injustificadas e Responsabilidade do Requerente*, Universidade do Minho, 2013, pág.518

²⁰² António Menezes Cordeiro, *Tratado de Arbitragem*, op. Cit., pág. 250

Conclusão

Com este trabalho, pretendeu-se analisar os contornos das medidas cautelares em face da arbitragem, procurando entender a razão da consagração dessas medidas no ordenamento jurídico português e saber se é possível a execução das medidas cautelares pelo tribunal arbitral. Vimos que é preciso tempo para que uma decisão seja bem ponderada, mas em muitos casos o tempo se configura num verdadeiro *periculum in mora*, originando a infrutuosidade da sentença final. Por isso que os tribunais estaduais, em muitos casos não conseguem dar resposta em tempo útil.

As providências cautelares são medidas urgentes que visam combater a excessiva morosidade da decisão final. Por isso, o legislador português fez uma boa opção quando permitiu o decretamento de medidas cautelares pelo tribunal arbitral. Fato que gera mais confiança e segurança na arbitragem. Além disso, a nível de comércio internacional é importante que os Estados tenham uma lei de arbitragem voluntária que atraia os operadores económicos. A opção pela escolha de uma lei de arbitragem que regula matéria cautelar é um avanço importante para que a decisão arbitral seja cada vez mais eficaz.

Apesar da admissibilidade da providência cautelar arbitral, o tribunal judicial não perde a sua competência para decretar medidas cautelares no âmbito de uma convenção de arbitragem. O tribunal judicial continua a ter um papel importante no processo arbitral, em determinadas situações coopera com o tribunal arbitral e noutras situações controla a atuação do mesmo. Os tribunais judiciais ficam com uma competência concorrente em relação aos tribunais arbitrais. Como verificámos, dependendo das circunstâncias é vantajoso às partes recorrerem ao tribunal arbitral ou ao tribunal judicial, ficando na disposição das mesmas a escolha pela jurisdição que mais corresponde aos seus interesses.

As medidas cautelares decretadas pelo tribunal arbitral podem ser executadas, mas só o tribunal judicial tem o poder para executar medidas dessa natureza, na medida que detêm o poder de autoridade. Chegámos à conclusão de que há muitas vantagens em atribuir o poder cautelar aos tribunais arbitrais, mas não podemos nos esquecer que diante de algumas medidas, nomeadamente medidas com natureza de um arresto, em que a parte declarativa confunde-se com a parte executiva, não é admissível o seu decretamento pelo tribunal arbitral. Pois, o tribunal arbitral não possui o poder de autoridade. Esse argumento continua a ser um dos argumentos mais forte que faz com a escolha pelo

tribunal arbitral seja mais desvantajoso em relação ao tribunal judicial. Portanto, apesar dos avanços que a arbitragem tem sofrido ao longo dos anos, ainda há muitas questões que merecem uma resposta mais adequada por parte dos tribunais arbitrais.

Bibliografia

Almeida, Luís Moitinho, *Providências Cautelares Não Especificadas*, Coimbra Editora, 1981

Amaral, Jorge Augusto Pais

Direito Processual Civil, 13ª edição, Almedina, 2017

Andrade, Manuel A.Domingues,

Noções Elementares de Processo Civil, Coimbra Editora, 1979

Barrocas, Manuel Pereira

Algumas Notas Sobre Medidas Cautelares no Direito Comparado da Arbitragem, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 71.ii, Lisboa, 2011

Lei de arbitragem Comentada, Almedina, 2013

Bueno, Cassio Scarpinela, *Manual de Direito Processual Civil*, 3ª edição, Editora Saraiva jur, 2017

Caetano, Pedro

VI congresso do Centro de Arbitragem Comercial, Intervenção, “*Arbitragem e Medidas Cautelares. Algumas Notas*”, Edições Almedina, 2013,

Castro, Artur Anselmo

Direito Processual Civil Declaratório, vol iii, Almedina. Coimbra, 1982

Direito Processual Civil Declaratório, Almedina Coimbra, 1991

Cordeiro, António Menezes

Tratado da Arbitragem, Comentário à lei 63/2011, de 14 de dezembro, Almedina, 2015

Faria, Rita Lynce,

A função Instrumental da Tutela Cautelar Não Especificada, Universidade Católica Editora, 2003

Freitas, José Lebre

A Ação Declarativa Comum, À Luz Do Código Revisto, Coimbra Editora, 2000

Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais, 2ª edição, Coimbra Editora, 2006

José Lebre de Freitas, Isabel Alexandre, Código Processo Civil Anotado, Vol. I e Vol. II, 3ª edição, Almedina, 2018

Fonseca, Isabel Celeste M.

Introdução ao Estudo Sistemático da Tutela Cautelar no Processo Administrativo, Livraria Almedina – Coimbra, 2002

Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves
“O direito a um processo à prova de tempo: um apelo a kairós”, Vol.III,
Coimbra Editora, 2008

Estudos de Homenagem ao Professor Jorge Miranda, Direito Civil e Direito Processual Civil, “Providência Cautelar Conservatória e a Providência Cautelar Antecipatória: a distinção faz toda a diferença”, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol.VI, Coimbra Editora, 2012

Gonçalves, Marco Carvalho

Manual de Providências Cautelares, 2ª edição, Almedina, 2016 Gonçalves,
Gonçalves, Marco Filipe Carvalho

Providências cautelares Injustificadas e Responsabilidade do Requerente,
Universidade do Minho, Coimbra Editora, 2013

Gouveia, Mariana França

Curso de Resolução Alternativa de Litígios, Almedina, 2014

Machado, José Carlos Soares/Mariana França Gouveia, Manual de Resolução Alternativa de Litígios, 2ª edição atualizada, Almedina, 2017

Malheiro, Gonçalo

Os Poderes Concorrenciais dos Tribunais Arbitrais e dos Tribunais Comuns para Decretamento de Providências Cautelares, Grupo Editorial Vida Económica, 2008

Mendes, Armindo Ribeiro

Mendes, Castro

Introdução ao Estudo de Direito, 2ª edição, Lisboa, 1994

Mimoso, Maria João

Arbitragem do Comércio Internacional, Medidas Provisórias e cautelares, Quid Juris? 2009

Miranda, Agostinho Pereira/ Miguel Cancell de Abreu/Paula Costa e Silva/ Rui Pena,
Sofia Martins

Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo
Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015

Miranda, Jorge/ Rui Medeiros,

Constituição da República Portuguesa Anotada, Tomo I, Coimbra editora, 2005

Monteiro, António Pedro Pinto, O Princípio da Igualdade e Pluralidade de Partes na
Arbitragem, Almedina, 2017

Novais, Jorge Reis

Os Princípios Constitucionais Estruturantes Da República Portuguesa, 1ª Edição,
Coimbra Editora, 2011

Oliveira, Mário Esteves, Frederico Gonçalves Pereira, Rodrigo Esteves de Oliveira,
André Proença, João Soares Franco, Joana Neves, António de Magalhães Cardoso,
Paulo Pinheiro, Sofia Ribeiro Branco, Ana Lickfold Novaes e Silva, José Miguel Lucas
e Piedade Castro e Sousa

Lei de Arbitragem Voluntária Comentada, Edições Almedina, 2014

Pinheiro, Luís Lima, *Arbitragem Transnacional - A Determinação do Estatuto da
Arbitragem*, Almedina, 2005

Pinto, Rui

A Questão de Mérito na Tutela Cautelar – A Obrigação Genérica de não
Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil, Coimbra Editora, 2009

Prata, Ana

Dicionário Jurídico, 5ª Edição, Almedina, 2008

Raposo, Mário

Estudos sobre a Arbitragem Comercial e Direito Marítimo, Almedina, 2006

Rodrigues, Fernando Pereira, O Novo Processo Civil, Os Princípios Estruturantes,
Almedina, 2013

Silva, Paula Costa, “A Arbitralidade de Medidas Cautelares”, Revista da Ordem dos
Advogados, Ano 2003, 63 - Vol. I/II - Abr. 2003

Sousa, Miguel Teixeira, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª edição, Lex Lisboa, 1997

Soares, Maria Ângela Bento/Rui Manuel Moura Ramos

Contrato Internacionais, Compra e Venda, Cláusulas Penais, Arbitragem,
Almedina, Coimbra, 1995

Vicente, Dário Moura/ Armindo Ribeiro/José Miguel Júdice/José Robin de Andrade/
Pedro Metello Nápoles/ Pedro Siza Vieira

Lei da Arbitragem Voluntária Anotada, 3ª edição, Almedina, 2017

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Constitucional 123/2015 de 7 de julho disponível em <https://dre.pt/>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30.9.14, processo n.º 232/06/

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 12/1/2012, processo n.º.0857/11 disponível em www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30.6.15, processo.1934/12

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12/12/2002, processo n.º 008919;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18/09/2012, processo n.º 3612/2008.8

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21/01/2010 disponível em www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21/01/201, n.º. processo 4321/09.9TBOER.L1-6 disponível em www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa de 15/03/2018, processo 23267/17.0T8LSB.L1-6, disponível em www.dgsi.com

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18/09/2008, processo 3612/2008-8, disponível em www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20/04/2006, processo 3041/2006-2 disponível em www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15/4/2013, RP20130415920/12.0TVPRT.P1 disponível em www.dgsi.pt

Acórdão da Relação do Tribunal do Porto de 17/5/2005 (processo n.º 0522209), disponível em www.dgsi.pt

Acórdão Tribunal da Relação de Évora RL de 12/12/2013, 240/13.2YHLSB.L1-8,
disponível em www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 21/3/2013, processo n.º 1005/11.1,
disponível em www.dgsi.pt
